

هَذَا أَمْرٌ عَظِيمٌ

الْحَامِلُ لِلْمَكْسَبِ

شرح لكتاب مكاسب الشيخ الأعظم الأنصاري

بقلم:

الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي

المجلد الثالث

البيع - القسم الثاني

هَدَايَةُ الطَّالِبِ

إِلَى سِرِّ الْمَكَّاسِبِ

شرح لكتاب مكاسب الشيخ مرتضى الأنصاري رحمته الله
(١٢١٤ - ١٢٨١ هـ)

بقلم

الميرزا فتاح الشهيدي التبريزي رحمته الله
(١٢٩٦ - ١٣٧٢ هـ)

مع تطبيق النصوص المشروحة

على طبعة المكاسب الصادرة عن مطبعة الاطلاعات بتبريز
وطبعتها المحققة من قبل لجنة تحقيق تراث الشيخ الأعظم في قم

الجزء الثالث

كتاب البيع - القسم الثاني

مكتبة مؤمن قريش

لو وضع إيمان أبو طالب في كفة ميزان وإيمان هذا الحق
في كفة الأخرى لرجح إيمانه
(إمام المصطفى ع)

moamenquraish.blogspot.com

شهيدى تبريزى، ميرفتاح. ۱۲۹۶ - ۱۳۷۲ ق.
هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: شرح الكتاب الشيخ مرتضى الأنصارى / بقلم الميرزا
فتاح الشهيدى التبريزى. قم: فقه. ۱۳۸۵.
ج ۵.

ISBN 964 - 499 - 195 - 8 (ج ۳) - ISBN 964 - 499 - 129 - X (دوره)

عربى:

فهرست نویسی بر اساس اطلاعات فیبا
موضوع: انصارى، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق. المكاسب - نقد و تفسير.
۱ - معاملات (فقه).

انصارى، مرتضى بن محمد امين، ۱۲۱۴ - ۱۲۸۱ ق. المكاسب، شرح.

۲۹۷/۲۲

BP۱۹۰ / ۱ / الف ۸ م ۷۰۲۱۵

۸۵-۱۶۱۵۱م

کتابخانه ملی ایران



دار الفقه للطباعة والنشر

اسم الكتاب: هداية الطالب إلى أسرار المكاسب / البيع / ج ۳

المؤلف: الميرزا فتاح الشهيدى التبريزى

الطبعة: الثانية - ۱۳۸۶ هـ. ق. - ۱۳۸۶ هـ. ش

عدد المطبوع: ۳۱۰۰ نسخة

سعر الدورة: ۲۰.۰۰۰ تومان

شابك: ۸-۱۹۵-۱۹۹-۹۶۴ (جلد ۳) ISBN 964 - 499 - 195 - 8 (VOL.3)

شابك: ۸-۱۲۹-۱۹۹-۹۶۴ (دوره مجلدى) ISBN 964-499-129-X (5 VOL.SET)

ص.ب. ۳۶۶۳ - ۲۷۱۸۵ - تلفن: ۷۷۳۱۸۷۳ - ۲۵۱ - ۹۸

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيع

شروط المتعاقدين

شروط العوضين

شروط المتعاقدين

- القول في الفضولي
- أو كون المالكين مالكين أو مأذونين
- بيع الفضولي
- القول في الإجازة والردّ
- القول في المجيز وشروطه
- القول في المجاز وشروطه
- قسما التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- حكم المشتري مع الفضولي
- بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه
- بيع نصف الدار
- بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
- القول في أولياء التصرف
- ولاية الفقيه
- في ولاية عدول المؤمنين
- في بيع العبد المسلم من الكافر
- في نقل المصحف إلى الكافر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّدنا سيّد
الأنبياء محمّد وآله الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين
من الآن إلى قيام يوم الدين.

[شروط المتعاقدين]

[• القول في الفضولي]

أو كون المالكين مالكين أو مأذونين [

١١/١٢٤ قوله ﷺ: ومن شرائط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من اشتراط كون المالكين أو مالك.

أقول: بعضهم عنون المسألة في شرائط العوضين حيث جعل منها: مأذونين ٣: ٣٤٥ مملوكية العوضين أو المأذونية فيهما، ففرع عليه عدم صحة الفضولي، والحق ما في المتن؛ إذ القصور في العقد الفضولي إنما هو في العاقد، وأما العوضان بما هما كذلك فلا قصور فيهما كما كان في الخمر والخنزير.

١٢/١٢٤ قوله: من اللزوم.

أقول: الظاهر ترك هذه الكلمة أو تبديلها إلى قوله: «من الأثر»؛ لأنه يوهم ترتب أصل النقل والانتقال بدون صفة اللزوم على الفضولي قبل الإجازة، والذي لا يترتب عليه قبلها إنما خصوص وصف اللزوم وليس كذلك. ويمكن توجيهه بأن اللزوم كناية عن الصحة الفعلية للملازمة بينهما وبين اللزوم لو خلّى وطبعه، لما قرّر في محله إن الأصل في البيع هو اللزوم، فالمشروط بهذا الشرط هو الصحة الفعلية لا مطلق الصحة أعم منها والصحة التأهيلية.

[• بيع الفضولي]

١٣/١٢٤ قوله: فاعتراض جامع المقاصد... إلى آخره.

قال يَرْيُ في شرح قول العلامة - في مقام التفريع على الشرط المذكور: «بيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي» - مألظه: هذا التفريع غير جيد؛ لأن المتبادر من اشتراط ما ذكره بطلان البيع هنا لانتهاء الشرط إن كان ذلك شرطاً في اللزوم، فكونه موقوفاً على الإجازة لا يظهر وجه تفريعه، إلا إذا حملنا العبارة على أن الاشتراط في اللزوم، وأن المراد بكونه «موقوفاً» عدم لزومه لأنه في قوته، لكن قوله: «على رأي» لا موقع له حينئذٍ، وكيف كان، فالعبارة لا تخلو عن تكلف، والأصح أن عقد الفضولي موقوف غير باطل. انتهى.

والوجه في عدم كون اعتراضه في محله: أن مراد العلامة من الشرط المذكور كونها شرطاً في الصحة الفعلية، وحينئذٍ يصح التفريع المذكور، يعني: أن كون عقد الفضولي صحيحاً كعقد المالك بحيث يترتب عليه فعلاً ما يترتب على عقد المالك من أصل التأثير، ووصف اللزوم موقوف على الإجازة، قبلها لا يكون صحيحاً كذلك، أي لا يترتب عليه فعلاً أثر عقد المالك، بل يكون صحيحاً شأنًا.

وبعبارة أخرى: إن في عبارة القواعد احتمالاً ثالثاً^(١) هو مراده يَرْيُ، وهو أن يكون الشرط المذكور شرطاً في الصحة الفعلية الملازمة للزوم بحسب طبع البيع لوخلّي ونفسه، لا في مطلق الصحة حتى التأهلية كي ينتج البطلان وعدم الوقوف على الإجازة، ولا في اللزوم بعد تحقق الصحة الفعلية حتى يشكل بأن اشتراط اللزوم بالإجازة في الفضولي ليس على رأي دون آخر، بل اتفاقي.

وعلى هذا الاحتمال الثالث لا إشكال في التفريع؛ إذ يكون معنى العبارة أنه يشترط في صحة العقد فعلاً ملك العاقد حقيقة أو حكماً لمتعلق العقد، فعقد الفضولي موقوف صحته فعلاً على الإجازة على رأي في المشروط بالشرط المذكور، وهو أن المشروط به إنما هو خصوص الصحة الفعلية، وأمّا على

(١) في الأصل: احتمال ثالث.

الرأي الآخر وهو كون المشروط به أعمّ منها ومن الصحة التأهيلية فهو غير موقوف على الإجازة، بل باطل صرف.

ومن بياننا ظهر فساد الإيراد على المصنّف:

أولاً: بأنّ ما ذكره من التوجيه عين الشقّ الثاني ممّا ذكره في جامع المقاصد، وهو كونه شرطاً في اللزوم، وبناء عليه وإن كان يصحّ التفريع إلا أنّ قوله ﷺ: «على رأي» لمنافاته له آي عن إرادته.

ثمّ دفعه ثانياً: بأنّ المنافاة فيما لو كان المراد من قوله: «على رأي» على قول، وهو ممنوع، بل المراد منه على رأيي واعتقادي، قال في محكي التنقيح عند بيان مصطلحات الفقهاء: إنّ المراد بـ «على رأي» على قول، إلا ما وقع في كتب الفاضل ابن المطهر رحمته، فإنّ مراده بذلك غالباً هو الفتوى، يعني: على رأيي واعتقادي، فحينئذٍ يصحّ التفريع، ولا ينافي قوله: «على رأي».

وجه الفساد: أنّ هذا مبنيّ على أن يكون مراد المصنّف رحمته من اللزوم: معناه المصطلح، وقد مرّ أنّ المراد منه الصحة الفعلية بطور الكناية، وعليه لا منافاة بينه وبين قوله: «علي رأي» بمعنى على قول أيضاً.

هذا، مع أنّ ما ذكره في وجه الدّفع غلط؛ إذ لا فرق في دلالة «على رأي» على وجود الخلاف في المسألة بين أن يراد منه ظاهره أو ما حكى عن التنقيح.

قوله: بعد اتّفاقهم على بطلان إيقاعه. ١٤/١٢٤

أقول: يشكل ذلك بأنّ الطلاق والعق قد ادّعى الإجماع صريحاً فيهما على بطلان الفضولي ومع ذلك يجرونها فيهما أيضاً؛ حيث إنّهم ذكروا في عتق الرّاهن العبد المرهون بلا إذن المرتهن: أنّه صحيح يتوقّف على إجازة المرتهن أو الفكّ من الرّاهن، وكذا في الخلع الذي هو قسم من الطلاق في صورة كون مال الخلع زائداً على المهر، فيحكمون بتوقّفه على الإجازة.

هذا حال الإجماع، وليس هناك دليل خاصّ غيره على بطلان في

الإيقاع، بل يمكن أن يقال: بقيام دليل على جريانه في الطلاق، وهو رواية الحلبي: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين، فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا التزويج فصحيح، وأمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم أنّه قد كان قد طلق، فإن أقرّ بذلك وأمضاه فهي واحدة باينة، وهو خاطب من الخطاب، وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته... الحديث».

ودلالتها عليه واضحة من دون فرق بين أن يكون ضمير «طلاقه» راجعاً إلى الأب أو إلى الغلام، وعلى الثاني يكون دليلاً على عدم سلب عبارة صبي له عشر سنين، وبضميمة عدم الفرق بين الطلاق وغيره من الإيقاعات يثبت جريان الفضوليّة في مطلق الإيقاع، فتدبر.

نعم ذكر بعضهم أنّ الوجه عدم جواز التعليق في الإيقاع، وفيه نظر؛ لعدم جوازه في العقد أيضاً، فاللّازم أن يتكلّم في صحّة إيقاع الفضولي أيضاً.
فنقول: إن قلنا: إنّ صحّة عقد الفضولي على طبق القاعدة لشمول الإطلاقات والعمومات العامّة له كآية الوفاء بالعقد والإطلاقات الخاصّة بكلّ باب من أبواب العقود مثل ﴿أحلّ الله البيع﴾^(١) والتجارة عن تراضٍ، والصّحّ جائز بين المسلمين، فنقول بالصّحّة في إيقاعه أيضاً؛ لعموم العقود في الآية للإيقاعات أيضاً؛ لأنّ المراد من العقد ليس العقد المصطلح، بل مطلق العهد فيعمّه أيضاً، ولإطلاق دليل كلّ باب من أبواب الإيقاع كالطلاق دليل كلّ باب من أبواب العقود.

وإن قلنا بأنّ صحّة عقد الفضولي على خلاف القاعدة، أعني: أصالة الفساد؛ لعدم شمول الإطلاقات له، بدعوى عدم ورودها إلّا مورد أصل التشريع لا مورد تفصيل الأحكام، وإنّما ثبت صحّته لأدلة خاصّة، فتقتصر في

الحكم بصحة الفضولي على مورده، وهو لا يعم الإيقاع، بل لا يعم جميع العقود لاختصاصها ببعضها مثل البيع والصلح.

قوله: ١٥/١٢٤ على أقوال.

أقول: قول بالمنع مطلقاً نسب إلى الشيخ في الخلاف والمبسوط، وإلى الحلّي وابن حمزة ومال إليه بعض المتأخرين؛ وقول بالجواز مطلقاً نسب إلى المشهور، وقول بالتفصيل بين البيع والشراء بالصحة في الأوّل والبطلان في الثاني، حكى عن نكاح الخلاف، قال نَبِيٌّ: لو اشترى لغيره بغير أذنه لم يقف على إجازته وكان باطلاً، ثم قال: وعندنا أنّ البيع يقف على إجازة مالكه.

وقول بالتفصيل بين سبق النهي من المالك فيبطل وبين عدمه فيصح، نسبه فخر الدين فيما حكى عنه إلى بعض المجوّزين واستظهر من المحقّق الثاني، وقيل: إنّهُ يلوح من نكاح التذكرة.

وقول بالتفصيل بين بيع الفضوليّ لنفسه فيبطل، وبين بيعه للمالك فيصح، نسب إلى ظاهر كلمات جماعة.

قوله: والمراد بالفضوليّ كما ذكره الشهيد.

المراد من
«الفضولي»
٣ : ٣٤٦

أقول: غرضه أنّ «الفضولي» - كما هو الظاهر من الشهيد رحمته الله ومن عبارة بعض العامة - صفة العاقد لا العقد، وهذا هو الظاهر من المصباح أيضاً، قال: فضل فضلاً من باب قتل أيضاً: زاد وأخذ الفضل، أي: الزيادة والجمع. فضول مثل فلس وفلوس، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه؛ ولذا نسب إليه على لفظه، فقيل: فضوليّ لمن يشتغل بما لا يعينه؛ لأنّه جعل علماً لنوع من الكلام، فنزل منزلة المفرد. انتهى.

حيث إنّهُ يدلّ على أنّ الفضوليّ - مع ياء النسبة - من صفات الإنسان ومن يشتغل بما لا يعينه، وأنّ الذي هو من صفات الكلام هو الفضول بدون ياء النسبة المنزّل منزلة المفرد، وهو الفضل، فيكون توصيف العقد به تسامحاً من

توصيف الشيء بحال متعلّقه.

قوله: فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي. ١٦/١٢٤
أقول: بناء على عدم ولايتها على تزويج نفسها في عرض ولاية أبيها
عليه، وإلا كما هو الأقوى فلا يشمل.
قوله: ومن المالك.
عطف على «من الباكرة».

قوله: وبيع العبد بدون إذن سيّده. ١٨-١٧/١٢٤
أقول: يعني به بيع مال نفسه بأن قلنا بملكه ولكن محجوراً عليه؛ لأنّ
بيعه مال مولاه بدون إذنه من مصاديق بيع غير المالك مال المالك بدون إذن
منه، وليس شيئاً آخر وراء ذلك حتّى يحتاج إلى التنبيه على شمول الفضوليّ له،
بخلافه على ما فسّرناه، فإنّه حينئذ يكون مثل السّفيه يحتاج إلى التنبيه.
ويحتمل أن يراد منه: بيع العبد مال غيره بإذن من مالكة وبلا إذن من
سيّده في إجراء العقد، بناء على ما اختاره من توقّف تأثير عقد العبد على رضا
السيد، ولعلّه أولى من الأوّل، ولكن مرّ الكلام فيه.
قوله: من دون إذن منه صريحاً أو فحوى. ١٨/١٢٤

أقول: أو بشاهد الحال، فإنّه قسم من الإذن، غاية الأمر بلسان الحال، كما
أنّ الأوّل إذن بلسان المقال، إمّا مطابقة كما في الأوّل، وإمّا التزاماً كما في الثاني؛
ولذا قسّموا الإذن إلى أقسام ثلاثة، فكما أنّ كلّ واحد من الأولين سبب لتسلّط
المأذون على التصرف في مال الآذن بصيغة الإذن، فكذا الثالث، فالعقد المقرون
بالرضا الباطني المستكشف بشاهد الحال داخل في المأذون خارج عن
الفضوليّ، وإنّما يدخل فيه المقرون به إذا لم يكن فيه كاشف أصلاً بنحو من
الأنحاء الثلاثة وإن علم تحقّقه بطريق آخر غيرها؛ لأنّ العاقد لا يصير بمجرّد
ذلك مالاً للتصرف؛ للأصل ولمفهوم الحصر في قوله عليه السلام: «لا يجوز لأحد أن

هل العقد
المقرون برضا
المالك من دون
إذن منه
فضولي؟
٣: ٣٤٦-٣٤٨

يتصرّف في مال غيره إلا بإذنه» المقيّد لإطلاق المستثنى في قوله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»؛ لأنّ المراد من الإذن فيه: هو الإذن من قبل نفس المالك فلا يشمل المكره، ومن المعلوم أنّ الإذن كذلك لا ينفكّ عن طيب النفس، بخلاف الطيب، فإنّه قد يتحقّق بدون الإذن إلا أن يقال: إنّ الظاهر من الإذن الإذن بلسان المقال، ومقتضاه بعد تخصيص دليل الطيب به خروج العقد المقرون بالرضا المعلوم بشاهد الحال عن المأذون فيه ودخوله في الفضوليّ. بل التحقيق: أنّ الرضا المستكشف بشاهد الحال وقرائن الأحوال ليس من الإذن في شيء، بل الرضا مقدّمة للإذن؛ ولذا يصحّ أن يقال: فلان رضا بكذا فأذن فيه، وأيضاً قد أخذ في مفهومه الإعلان والإظهار كما يشهد به موارد استعمالاته مثل ﴿وَأَذَانٌ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(١) و﴿أَذَنٌ مُّؤَذِّنٌ﴾^(٢) ويقال للأذان: أذان لكونه إعلاناً بدخول الوقت، فالرضا الباطني لا يصدق عليه الإذن مطلقاً ولو استكشف بقرائن الأحوال؛ لانتهاء الإعلان والإظهار فيه؛ لأنّ الموجود فيه في صورة دلالة الحال عليه إنّما هو الظهور، وهو غير الإظهار، والمأخوذ في مفهوم الإذن هو الثاني لا الأوّل، فالمراد من الإذن في تقسيمه إلى الأقسام الثلاثة: هو الرضا المنكشف، أطلقوا عليه الإذن مسامحة، والسّرّ فيه أنّ الحكم في مورد التقسيم مترتب على مجرّد الرضا وإن لم يصدق عليه الإذن، كما في أكل مال الغير والصلاة في لباسه وأمثالهما.

قوله: ويؤيّده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً. ١٩/١٢٤

أقول: وجه التأييد أنّ قضيّة إطلاق التّفرّيع المذكور على الشرط المزبور: أنّ كلّ ما انتفى فيه الشرط المسطور فهو مندرج في بيع الفضولي مطلقاً، ولو كان مقروناً بالرّضا الباطني للمالك، وأمّا التعبير بالتأييد فلاجل احتمال كون

(١) التوبة: ٣.

(٢) يوسف: ٧٠.

الإطلاق المزبور مبنياً على الغالب من عدم المقارنة به، فتدبر.

٢٢/١٢٤

قوله: لعموم وجوب الوفاء بالعقود.

أقول: يمكن الخدشة في الاستدلال بما ذكره. أمّا آية وجوب الوفاء فلقوة احتمال أن يكون الموضوع للوجود عقود المخاطبين مثل آية وجوب الوفاء بالتدور لا عقد كلّ أحد وان كان غير مضاف إلى المخاطب، غاية الأمر قد قيّد إطلاقه برضا المالك بدليل خارجي، يعني: يجب على كلّ واحد منكم أن يفي بعقده المضاف إليه، فمادام لم يكن العقد عقد المالك لا يجب عليه الوفاء به.

ومن المعلوم أنّ مجرد الرضا الباطني الخالي عن قيام أمانة عليه لا يوجب تحقق هذا العنوان.

وأمّا آية التجارة فلعين ما مرّ.

ومن هنا يظهر الخدشة في استظهار مدّعاء من قولهم في الاستدلال على صحّة الفضولي: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك. ومن قولهم: إنّ الاجازة لا يكفي فيها السكوت؛ لأنّه أعمّ من الرضا ونحو ذلك؛ حيث إنّهم إنّ قولهم بذلك مبنيّ على كون الموضوع في أدلّة الصحّة هو مطلق العقد والتجارة والبيع ولو لم يكن مضافاً إلى المالك، وقد مرّ منعه.

هذا، مضافاً إلى ما يأتي منه تعالى في ثاني تنبيهات الإجازة من شبهة الإجماع على عدم كفاية مجرد الرضا الباطني في حصول الإجازة، وتفصيل الكلام في ذلك يأتي هناك إن شاء الله تعالى.

وأمّا حديث الطيّب فلما مرّ أيضاً بتقريب: أنّ طيب النفس في مثل التملك والتملك الذي كلامنا فيه ليس تمام السبب، بل جزء للسبب والجزء الآخر العقد، والعقد لا يؤثر في النقل والانتقال إلّا إذا وجب الوفاء به، ولا يكون كذلك إلّا إذا كان عقداً للمالك؛ لاختصاص موضوع وجوب الوفاء في الآية

بالعقود المضافة إلى الملاك، وقد عرفت عدم حصول هذا العنوان بمجرد الطيب. هذا مع الإشكال في شمول متعلق الحل فيه للتملك والتملك.

وأما ما دلّ على أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته إقرار منه فلمنع مقارنة علم المولى وسكوته بالعقد، فيحتمل حدوتهما بعده، وليس في الأخبار ظهور في عدم تأخرهما عنه، ولو سلم فلخروجه عن موضوع المسألة؛ لأنّ الكلام في كفاية الرضا الباطني المجرد عن بيانه، والسكوت في مقام البيان بيان، وهذه قاعدة عرفية لم يردع عنها الشرع. قال المتنبي:

وفي النفس حاجات وفيك فطنة سكوتي بيانٌ عندها وخطابٌ
هذا مضافاً إلى أنّ مثل مورده ممّا كان العقد للعقد حقيقة، ويكون هو الطرف في العقد كالعبد في الرواية، فإنّه الذي يكون زوجاً حقيقة، وإنّما دلّ دليل على اعتبار رضا شخص كالسيد لا ربط له بموضوع البحث، فلا يصح الاستدلال به على عدم الفضولية فيما إذا كان العقد صادراً عنّ ليس له ربط بالعقد أصلاً، كغير المالك الغير المأذون، فتدبر.

أما رواية عروة فلا يمكن منع دلالتها على الصحة؛ لعدم الملازمة بين جواز الإقباض والقبض وبين الصحة وجوداً وعدماً؛ لإمكان عدم جوازهما مع الصحة كما في بيع الوكيل في أصل المعاملة دون القبض والإقباض، وإمكان جوازهما مع عدم الصحة والتوقف على الإجازة، كما إذا كان مأذوناً فيهما دون المعاملة.

قوله: هذا مع أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر. ٢٥/١٢٤

أقول: قد تقدّم الكلام في هذه الكلمات وأنها مبنية على أمر وهو كون موضوع دليل الصحة كآنة وجوب الوفاء مطلق العقد الوارد على مال المالك ولو لم تكن عقده ومضافاً إليه ولا نقول به، وإنّما نقول بأنّ الموضوع لذلك هو خصوص عقد المضاف إلى المالك.

قوله: لأنّه لا دليل على توقّفه على الإجازة اللاحقة. ٢٧/١٢٤

أقول: يكفي دليلاً عليه عدم دخوله تحت أدلة الصحة بدون الإجازة - بناء على ما مرّ - من كون الموضوع فيها هو العقد المضاف إلى المالك لا مطلقاً ولو لم يضاف إليه، وسيأتي في مسألة من باع ثم ملك بطلان احتمال عدم الحاجة إلى الإجازة فيها.

قوله: مع أنّه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا. ٢٨ - ٢٧ / ١٢٤

أقول: لكنّه خلاف التحقيق بالنسبة إلى أثر حصول اضافة عقد الفضولي إلى المالك، بل لا بدّ في ذلك من صدور شيء من المالك يدلّ عليها لفظاً كان أو فعلاً، كما أشرنا إليه.

قوله: ثمّ إنّّه لو أشكل في عقود غير المالك. ٢٨ / ١٢٤

أقول: يعني بالغير العاقد الذي لو صحّ العقد لا يكون له بل يكون لغيره، ومقابلته العاقد الذي لو صحّ العقد ولو بإذن من له الإذن يكون العقد لنفس العاقد، كما في بيع العبد ونكاحه وبيع الرّاهن للعين المرهونة وهكذا فتأمل.

[صور بيع الفضولي]

[المسألة الأولى: بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع]

قوله: وهذا هو المتيقّن من عقد الفضولي. ٣١ / ١٢٤

أقول: أورد عليه بأنّ المتيقّن منه - كما يظهر من ملاحظة كلمات الأصحاب - هو بيع الغاصب، ويقف عليه المتتبّع في الفروع التي فرّعوها على توقّفه على الإجازة خصوصاً في أحكام الردّ. انتهى.

والحقّ مع المصنّف رحمه الله؛ إذ مراده: أنّه المتيقّن من حيث إمكان الصحة؛ لإمكان القول بالصحة في هذه الصورة وعدمها في غيرها بخلاف العكس؛ ضرورة أنّ من يقول بالصحة في غيرها لا بدّ له من القول بالصحة فيها أيضاً.

ويمكن أن يقال: إنّ هذا القسم هو المتيقّن كونه مراداً لهم من إطلاق عقد الفضولي في عباراتهم، والشاهد على هذا جعل بعضهم بيع الغاصب في مقابله.

بيع الفضولي
للمالك مع عدم
سبق المنع
٣ : ٣٤٩ - ٣٥٠

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (بيعه للمالك مع عدم سبق المنع) ١٩

قال العلامة في القواعد: فبيع الفضولي موقوف على رأي وكذا الغاصب وإن كثرت تصرفاته في الثمن. انتهى.

حيث إن ظاهر العطف أن بيع الغاصب غير مراد من الفضولي، فلعل مراد غيره من الفضولي أيضاً غيره.
قوله: عدا فخر الدين. ٣٣/١٢٤

أقول: لا بد من المراجعة إلى بيع الإيضاح؛ لأن المحكي منه في كتاب الوكالة فيما إذا أمره بشراء شاة فاشترى شاتين أنه قال: والأصح أنه تقف على الإجازة. وقال في مسألة المخالفة: وأما مع الإجازة فالحق عندي أنه يقع للموكل.

قوله: كالأردبيلي والسيد الداماد. ٣٣/١٢٤

مقتضى

العمومات

الصحة

٣: ٣٥٠-٣٥١

أقول: وحكى ذلك عن بحر العلوم في المصاييح. والمراد من بعض متأخري المحدثين: صاحب الحقائق رحمته الله والسيد الجزائري في شرح التهذيب.
قوله: لعموم أدلة البيع. ٣٤-٣٣/١٢٤

أقول: هذا علة للصحة في قوله: «والمشهور الصحة».

ومحصل الاستدلال على ما يظهر من كلامه هنا وفيما سبق من الاستدلال بآيتي وجوب الوفاء بالعقود والتجارة عن تراض على خروج عقد الغير المقرون برضا المالك به باطناً؛ دعوى عموم الآيتين لعقد الفضولي على نحو يكون خروج عقده الخالي عن الإجازة تخصيصاً للعموم؛ لأدلة اعتبار الطيب والرضا، وهي في حيز المنع، لما عرفت في السابق وصرح به المصنف رحمته الله في غير موضع من كلماته الآتية فيما بعد من قوة احتمال أن يكون الموضوع للحكم هو العقد المضاف إلى المخاطب، بحيث يكون مفاد آية الوفاء: إن كل عاقد يجب عليه الوفاء بعقده، كما أن مفاد قوله تعالى:

﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ﴾^(١) نهى كلَّ مكلف عن نقض يمينه، وكذلك آية ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(٢) لاتفيد أزيد من حليّة بيع كلِّ أحد ماله، وعلى هذا يكون خروج الخالي عن الإجازة عن الآيتين من باب التخصّص.

وأما عقد الفضولي المتعقّب للإجازة فاندراجه تحتها؛ كي يكون صحته على طبق القاعدة، وعدمه حتى يكون على خلافها، الموجب للاقتصار على مقدار دلالة الدليل على الصحة لو كان، إنّما هو مبني على صدق العاقد والبائع على المالك، وكون العقد والبيع عقده وبيعه بمجرد إجازته عقد الفضوليّ فالأوّل، وعدمه فالثاني، والظاهر من مراجعة العرف هو الأوّل، أمّا فيما إذا كان قصد الفضولي هو العقد عن المالك فواضح، وأمّا فيما كان قصده العقد عن نفسه ولنفسه كما في بيع الغاصب فكذلك؛ لما سيأتي في تصحيحه للمالك إذا أجاز، فتأمّل.

قوله: وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنّه عقد صدر عن أهله في محله.

١/١٢٥

أقول: يعني أنّ نظرهم في كبرى الاستدلال المزبور - وهو أنّ كلّ عقد كذلك يجب العمل به - إلى ما ذكر من العمومات والإطلاقات النافية لاعتبار مقارنة إذن المالك للعقد.

٢/١٢٥

قوله: لم أتحقّق وجهه.

أقول: لعلّ نظره في ذلك إلى التأمّل في صدق الإضافة إلى المالك بالإجازة، مع ذهابه إلى أنّ موضوع الحكم هو العقد المضاف إلى المالك، فيرجع إلى الأصل العمليّ، ولكن قد عرفت أنّ الظاهر صدقها بها.

٣/١٢٥

قوله: وهو مدفوع بالأصل.

(١) النحل: ٩١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (بيعه للمالك مع عدم سبق المنع) ٢١

أقول: أي اعتبار عدمه بمعنى اعتبار المقارنة مدفوع بأصالة الإطلاق وعدم التقيد بها.

٣/١٢٥ قوله: ولعلّ مراد الشهيد رحمته الله: أنّ الكلام في أهلية العاقد.

أقول: يعني أهليته من حيث أنّه غير مالك ولا مأذون من قبله، لا من حيث أنّه بالغ عاقل؛ إذ قد مرّ أنّه كلام في أهليته من تلك الحيثية.

٥/١٢٥ قوله رحمته الله: وإنّ وجهها شراءه على وجه يخرج عن الفضولي.

الاستدلال
للمصلحة
بقضية عروة
البارقي ٣: ٣٥١

أقول: بأن يقال: إنّ المراد من الشاة في قوله: «اشتر لنا به شاة» الجنس فيعمّ الاثنين أيضاً، وهو كما ترى خلاف الظاهر؛ أو يقال: إنّ المراد منه الشاة الواحدة، ولكنه بملاحظة غرض الاضحية مأذون في شرائها مطلقاً وإن توقّف على شراء شاة أخرى معها بأن لم يبيع المالك لهما إلّا معاً، واتّفق أنّ من اشترى عروة منه الشاة لم يرض ببيع الواحدة إلّا مع الأخرى.

وأولى من ذلك أن يقال: إنّ الإذن في شراء شاة واحدة بدينار إذن عرفاً في شراء شاتين به، فإنّ من رضى بدينار ثمناً للواحد رضى به ثمناً للاتنين.

وكيف كان، فما ذكره من الجزم بوقوع بيعه فضولاً - أي بلا إذن من النبي صلّى الله عليه وآله - ويمكن الخدشة فيه: بإمكان كون عروة مأذوناً منه صلّى الله عليه وآله بالإذن العامّ في بيع ما يملكه إن رأى فيه المصلحة، نظير عامل المضاربة، كما يتّفق ذلك كثيراً في وكلاء الخرج للأغنياء والملوك ويعبر عنهم بالتأظر؛ ولذا نراهم أنّهم يشترون ما يحتاج إليه أربابهم، ويفسخون مع الغبن، ويقبلون المعاملة، ويشترطون في معاملاتهم شروطاً، ويتّفق أنّهم يبيعون ما يشترون مع المصلحة بل مع عدم المفسدة فيه، وليس في حكاية قصّته ما يدلّ على عدم كونه مأذوناً من قبله كذلك إلّا دعاؤه صلّى الله عليه وآله له بالبركة في الصفقة، ولا دلالة عليه، كما لا يخفى.

٥/١٢٥ قوله: يتوقّف على دخول المعاملة.

المناقشة في
الاستدلال
بقضية عروة
البارقي
٣٥٢-٣٥١: ٣

أقول: يعني بعد البناء على وقوع بيعه فضولاً وبلا إذن منه صلّى الله عليه وآله كما جزم

به، وقد مرّ الخدشة فيه، ومعه لا شبهة في خروجه عن الفضولي، فلا يصح الاستدلال به.

٦/١٢٥

قوله: توضيح ذلك.

أقول: المشار إليه بذلك مطويّ في الكلام قبل ذلك وبعد قولي في بيع الفضولي، وهو قوله: «وهو مشكل»، بل الظاهر عدمه.

قوله: وقد أقبض المبيع.

أقول: هذا في مقام العلة لعلمه بالرضا.

٧/١٢٥

قوله: فلا بدّ إمّا من التزام.

أقول: لا يخفى أنّ قضية عروة دائرة بين أمرين:

أحدهما: كونها من الفضولي فيدور الأمر حينئذٍ بين وجوه ثلاثة:

الأوّل والثاني والرابع من وجوه المتن.

وثانيهما: عدم كونها منه وخروجها عنه، وهو الوجه الثالث، فما عداه من الوجوه الثلاثة الباقية ليس في عرضه؛ لأنّ ما يكون في عرضه إنّما هو ما يستلزم أحد هذه الوجوه، وهو كونها من الفضولي، فالأوّل أن يقول: فلا بدّ إمّا من جعلها من الفضولي والالتزام بأن عروة... إلى آخره، أو القول بأنّ البيع... إلى آخره، أو دعوى علم عروة برضا النبي ﷺ... إلى آخره، وإمّا من إخراجها من الفضولي، ولكن الظاهر هو الثاني، كما لا يخفى، خصوصاً بملاحظة آخر ما في المتن.

قوله: وسيجيء ضعفه.

أقول: يعني ضعفه من جهة أنّه بعد البناء على كاشفيّة الإجازة مبنيّ على شرطية وصف التعقب، وسيأتي أنّه خلاف ظاهر الأدلّة؛ حيث إنّ ظاهرها شرطية نفس الإجازة.

وكيف كان، فظاهر المصنّف رحمه الله أنّه بناء على هذا الوجه يجوز القبض

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (بيعه للمالك مع عدم سبق المنع) ٢٣

والإقباض من عروة ولا يكون حراماً، وليس كذلك؛ لأنّ قضية القول بما ذكر جواز التصرف من كلّ واحد من المالكين في مال الآخر، لا جواز تصرف الفضولي.

١١/١٢٥ قوله: ولكن الظاهر هو أوّل الوجهين.

أقول: يعني أوّل الوجهين الأخيرين، وهو الثالث، فتخرج قضية عروة عن الفضولي، فلا يصح الاستدلال بها عليها.

ثمّ إنّ الوجه في ظهور هذا الوجه لعلّه بعد علم المشتري بكون بيع عروة فضولياً المبني عليه الوجه الرابع، ولعلّ وجه الظهور في وقوع تلك المعاملة على وجه المعاطاة دعوى غلبة وقوع أمثالها في الخارج بنحو المعاطاة.

١٤/١٢٥ قوله: واستدلّ له تبعاً للشهيد في الدروس بصحیحة محمد بن قيس.

أقول: شرح الرواية على نحو تسلم عن الإيراد ويصح الاستدلال بها يتوقّف على الإشارة إلى أمور:

الأوّل: إنّ قضية إناطة حلیّة التصرفات في مال الغير على نفس الرضا والإجازة وجوداً وعدمًا - كما هو ظاهر الأدلّة، إمّا بنحو الشرط المتقدم، وإمّا بنحو الشرط المتأخّر بناء على تصويره، قبال إناطتها على مجرد عدم الكراهة والرد - حرمة التصرفات سيّما المتوقّفة على الملك قبل تحقّقها، أو قبل العلم بتحقّقها.

والثاني: إنّ ولد الأمة الموطوءة بالشبهة ولد صحيح شرعيّ تابع لأبيه في الحرّية، لا ولد زنا يتبع الأمّ الرّقية.

والثالث: إنّ المغرور يرجع إلى من غرّه، ويأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

والرابع: استقلال العقل باختيار الضرر الأخفّ فيما إذا دار الأمر بينه وبين الضرر الأشدّ.

الاستدلال
للـ
بـ
صحیحة
محمد بن قيس
٣ : ٣٥٣

إذا عرفت هذا، فنقول: الظاهر أن المشتري كان جاهلاً بفضولية البائع إلى زمان المخاصمة ولو بلحاظ حمل فعل المسلم على الصحيح، وإلا لزم أن يكون زانياً بحسب الظاهر، نعم لو أجاز وقلنا بالكشف الحقيقي يعلم أن وطأه وطء صحيح وقع في ملكه.

والظاهر أيضاً أن المخاصمة بين السيدين في كون الوليدة في يد المشتري، وبعبارة أخرى أن: مورد التخاصم إنما هو قبض المشتري الأمة قبل المراجعة إلى السيد الأول، واستعلام اجازته، لا أصل البيع والشراء؛ وذلك لأن الظاهر أن قوله: «وليدتي باعها ابني بغير اذني» آخر كلام صدر من السيد الأول، فكأنه قال فخاصم سيدها الآخر وقال: جئني بوليدتي، قال في جوابه: اشتريتها، فقال السيد الأول: ممن اشتريتها؟ قال: من ابنك. قال: وليدتي باعها ابني بغير اذني.

فغاية ما يدل عليه المخاصمة هو عدم إجازة البيع، وهو أعم من الرد والتردد بينه وبين الإجازة، ولازم ذلك كما عرفت في الأمر الأول بقاء الوليدة في ملك المالك الأول؛ ولذا حكم الإمام عليه السلام بأخذ الوليدة بلا تقييده بصورة اختيار الرد إذا أخذ المبيع فضولاً عن المشتري، واسترداده منه يدور مدار عدم الإجازة، لا مدار الرد.

ثم إنه لما كان لازم بقائها في ملك الأول وقوع الاستيلاء على أمة الغير، فيكون جعل الولد حرّاً من قبيل اتلاف مال الغير عن جهل، فيكون المتلف المشتري ضامناً لقيمة الولد؛ لقاعدة الاتلاف. ومن هنا يعلم أن حكمه عليه السلام بأخذ ابن الوليدة إنما هو للقيمة يوم الولادة.

ثم إن المشتري لما رأى تضرره بدفع قيمة الولد فناشده عليه السلام في علاج ضرره ودفعه عنه، فقال عليه السلام: خذ ابنه الذي باعك الأمة بملاحظة ما مرّ في الأمر الثالث من رجوع المغرور إلى الغار.

ثم إن الوجه في تعقيبه عليه السلام ذلك الحكم بقوله بطور البتّ: «حتّى ينفذ لك البيع» هو ما تقدّم في الأمر الرابع من استقلال العقل باختيار أهون الضررين عند الدوران، وهو في المورد إنفاذ البيع وإجازته؛ إذ على تقدير الردّ وإن كان يأخذ قيمة الولد من المشتري إلا أنّه بمقتضى شفقتة على ولده يغرم مقداره للمشتري لتخليص ولده البائع عن ضمانه للمشتري بذاك المقدار؛ لقاعدة الغرور، فيبقى له عين الوليدة الناقصة من جهة الولادة.

وهذا بخلافه على تقدير الإجازة؛ إذ تبقى له حينئذٍ قيمة الوليدة التي بيعت بها حال عدم النقصان، وضرره على هذا التقدير أقلّ منه على التقدير الأول، بل يمكن القول بعدم الضرر فيه، وهذا هو السرّ في قوله: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع الولد».

فظهر بحمد الله أنّه ليس في الصحيحة مخالفة للقواعد، وأنّ ما ذكره وجهاً لظهورها في تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ من الوجوه الأربعة ممّا لا أصل له.

أمّا ظهور المخاصمة في الردّ، فلمنع ظهورها إلّا في عدم الإجازة المجامع مع التردد بين الردّ والإجازة.

وأمّا إطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعيّن أخذ الجارية وعدم تقييده بصورة اختيار الردّ، فلأنّ أخذها يكفي فيه عدم الإجازة.

وأمّا مناشدة المشتري للإمام عليه السلام في علاج فكاك ولده، فلمنع كونها في علاجه، وإنّما هي كانت في علاج تضرّره بدفع قيمة الولد.

وأمّا قوله «حتّى ترسل ابني» فلأنّه يكفي في جواز الحبس عدم الإجازة ولا حاجة فيه إلى الردّ، نعم إنّها من جهة دلالتها على كاشفيّة الإجازة تكون مخالفة للقاعدة لو كان المستفاد من الأدلّة هو النقل، وستعرف الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

هذا كله مضافاً إلى إمكان منع اشتراط صحة الإجازة بعدم سبق الرد؛ لعدم الدليل عليه إلا الإجماع، ويمكن الخدشة فيه باحتمال أن يكون مستندهم أو مستند بعضهم هو تخيل أن الردّ مثل الفسخ حلّ للعقد، ومعه لا يبقى موضوع للإجازة.

وفيه: إمكان المنع، وأنه ليس فسخاً للعقد وحلاً له، وإنما هو صرف إظهار كراهة مضمون العقد ولا ربط له بحلّ العقد، فلا فائدة له أزيد ممّا يترتب على عدم الإجازة من عدم حصول إضافة عقد الفضولي إلى المالك، وسيأتي لذلك تنمّة في ثالث تنبيهات الإجازة.

وبعد كتابتي هذا بمدة طويلة عثرت على كلام في شرح الحديث لبعض شراح الفقيه فأحببت ذكره، قال تقيُّ: إن [أمره] بأخذ الوليدة وابنها: أمّا الوليدة فلظهور بطلان البيع، وأمّا ولدها فلاّنه إنّما يعتق بإزاء أبيه قيمته يوم وُلد، ولمّا كان للمشتري الرجوع على البائع بثمن الجارية وقيمة الولد قليل لصاحبها الثاني خذ ولده الذي باعك.

وإنّما أتى بالمضارع في «يناشده» و«يقال» و«يقول» ليدلّ على وقوع ذلك مرّة بعد أخرى؛ لدلالة المضارع على الاستمرار. ومعنى قوله: «لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني» أنّه لا أرسله حتى ترسل ابني عوضاً عن إرسال ابنك، أو لاخذ منه ابني لاعطيتك فترسله.

ومعنى «يناشده» يسأله أو يحلفه أو يرفع^(١) صوته، والظاهر أنّ الضمير المنصوب في «يناشده» لأمير المؤمنين عليه السلام بالمعنى الأوّل، وفي الكلام إيجاز بحذف، كما في قوله تعالى: ﴿فَأَرْسَلُونِ﴾ يَوْسُفُ أَيُّهَا الصِّدِّيقُ أَفْتِنَا^(٢) فتقديره، فيقال له: أي للمشتري: خذ ابنه، وقال: لا والله لا أرسله... إلى آخره.

(١) في الأصل: يرفعه.

(٢) يوسف: ٤٥ - ٤٦.

فأخذ ابنه ويقول لا والله، فيحتمل أن يكون «تقول» بالخطاب بمعنى قل، فيكون المحذوف من كلام المشتري، وأن يكون بالغيبة، فهو من كلام المشتري والمحذوف من قال له ذلك. انتهى كلامه رفع مقامه.

وبعض ما ذكره موافق لبعض ما ذكرناه فتدبر.

ثم لو أغمضنا عما ذكرنا من ظهورها في كون الإجازة بعد الرد، وأن تأثير الإجازة مشروط بعدم سبق الرد فلا يصح الاستدلال بها للمقام بأن يجعل مناط الاستدلال بها ظهور سياق كلام الأمير طيِّب في قوله: «خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع» إلى آخر ما في المتن؛ وذلك بداهة أن هذا الظهور ناشٍ ومتولد من ظهوره في صحة الإجازة الشخصية وليس أمراً مستقلاً في قبالة، فإذا رفعنا اليد عن منشئه ومتبوعه فلا بد من رفع اليد عن هذا الظهور التبعية؛ إذ لا تفكيك بينهما في العرف إلا أن يقال: إن الملازمة بينهما إنما هو في مرحلة الظهور وأصل انعقاده ولا تفكيك بينهما في هذه المرحلة، وإنما يفكك بينهما في مرحلة الحجية، ولا ملازمة بينهما في هذه المرحلة، فلا بأس بالاستدلال بالسياق بعد تسليم ظهوره فيما ذكر إلا أن الشأن فيه؛ إذ لو كان لا بد وأن يستند إلى الملازمة العرفية أو العقلية بين صحة البيع الشخصي بالإجازة وبين صحة مطلق البيع بها، وهي محل تأمل لاحتمال كونها من أحكام ذاك الفرد الخاص ولا قطع بالمناط، فتأمل.

٢٦-٢٥/١٢٥ قوله: كان ظهورها في الإجازة... إلى قوله: مانعاً عن الاستدلال أقول: قد مرّ منع الظهور في كون الإجازة في موردها مسبوق بالرد أولاً، والمنع عن مانعية هذا الظهور بعد تسليمه عن الاستدلال بها ثانياً، للمنع عن اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

توجيه
الاستدلال
بصححة
محمد بن قيس
٣ : ٣٥٥

قوله: وكأنّه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم يستدلّ بها في
مسألة الفضولي.

٣٠ - ٢٩ / ١٢٥

أقول: بأن تخيل أنّ مناط الاستدلال هو نفس القضية الشخصية من جهة
اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بناء على عدم الفرق بينها وبين غيرها ممّا
يشارك معها نوعاً، فلم يستدلّ بها لما مرّ من كون الإجازة فيها مسبوقه بالردّ،
وقد قام الإجماع على اشتراطها بعدم سبقها به فيختصّ بموردها، وغفل أنّ
مناط الاستدلال ظهور كلام الأمير عليه السلام في قوله: «خذ ابنه حتّى ينفذ لك البيع»
إلى آخر ما تقدّم ذكره في المتن.

المناقشة في
الاستدلال
المذكور
٣٥٧ - ٣٥٦ : ٣

قوله: إلّا أنّها ربّما توهن بالنصّ الوارد في ردّ العامّة.

٣٤ / ١٢٥

أقول: النصّ: رواية العلاء بن سبابة والرواية طويلة فراجع إلى كتاب
الوكالة من الوسائل.

وليعلم أولاً: أنّ الظاهر من قولهم: «والفرج ليس له عوض» كقوله عليه السلام:
«لأنّ الفرّج ويكون منه الولد» في علّة أولويّة الاحتياط في النكاح وأجدريّة
هو المبالغة في أمر الفرّج، وأنّه من جهة كثرة المنفعة فيه وهو الولد كما يدلّ
عليه التعليل بقولهم: «إذ يكون منه الولد» ليس على حدّ يقابل بالمال ويتدارك
به. و«الاحتياط» في الخبر بمعناه اللّغوي وهو التحفّظ عن الضرر والإضرار.

وليعلم أيضاً أنّ الظاهر من استنادهم في التفكيك بين الحكمين إلى
قولهم: «إذ المال له عوض لصاحبه» أنّهم كانوا في مقام بيان عدم المانع عن
الحكم بالصحة لأجل الحكم ببقاء الوكالة في البيع دون النكاح؛ ولأزمه أن
المقتضي للصحة أمر آخر وراء ذلك، وليس إلّا الاطلاقات.

وبيان آخر: إنّ عمدة اعتمادهم في الفرق إنّما هو على جواز التمسك
بالإطلاقات بالنسبة إلى البيع دون النكاح، وغرضهم من القول المذكور في
مقام الفرق: مجرد بيان وجود المانع بالنسبة إلى النكاح دون البيع، بتقريب أنّ

المانع لو كان إنما هو لزوم الضرر الدنيوي على تقدير الحكم بالصحة مع البطلان واقعاً، وذلك لتساوي الحكم بالصحة مع البطلان واقعاً والعكس من حيث العقاب، بمعنى أنه في كل منهما يحتمل التصرف فيما ليس للمتصرف أن يتصرف فيه، ولا ريب أن الضرر الدنيوي منتف في البيع؛ إذ المال له عوض لصاحبه، وإذ لا مانع فيرجع إلى الاطلاقات المقتضية للحكم بالصحة للحكم ببقاء الوكالة.

وهذا بخلاف النكاح؛ فإن فيه ضرراً على الزوجة - المفروض في الرواية توكيلها في التزويج وعزلها عن الوكالة وعدم إعلامه للوكيل - لو حكم بالصحة وكان في الواقع باطلاً؛ إذ يلزم حينئذ تسليط الزوج على فرجها بلا عوض منها لها وهو ضرر عليها؛ إذ الفرج بلحاظ عظم منفعة ليس له عوضاً لصاحبه ولو كان كثيراً، والضرر منفي شرعاً، ومع هذا لا مجال للرجوع إلى استصحاب بقاء أثر الوكالة الموجب للتمسك بالاطلاقات.

والحاصل: أن وجه الفرق عندهم جريان العمومات وعدم جريانها، لكن لما كان منشأ ذلك وجود المانع عنه وعدمه المشار إليهما بقولهم: «إذ المال له عوض إلى آخره» أسندوا الفرق إليهما، فالفارق عندهم ترتب الضرر على الحكم بالصحة في النكاح دون البيع، فأجاب الإمام عن هذه التفرقة: بأن ترتب الضرر في النكاح على الحكم بالصحة، وإن كان مسلماً، إلا أنه معارض بتضرر الزوج على الحكم بالبطلان مع فرض الصحة واقعاً؛ لأن النكاح من جهة تعلقه بما ليس بعد الصحة نفع أعظم منه أولى وأجدر من البيع بأن يلاحظ فيه الطرفان معاً، ويحتاط ويتحقق فيه عن ترتب الضرر على أحد زوجاً كان أو زوجة، وقضية ذلك: مراعاة كليهما، ونتيجة مراعاتهما تعارض الضررين، فيرجع بعد التساقيط إلى العمومات ويحكم بالصحة.

وحاصل الجواب: أن ما جعلوه مانعاً عن التمسك بالعمومات في الحكم

بالصحة في النكاح وهو تضرر الزوجة فاسد لا يصلح لذلك؛ لابتلائه بمثله، ولكن لما كان هذا ناشئاً من ملاحظة الاحتياط والتحفظ عن تضرر الغير علل الفساد والجور بقوله: «فإن النكاح».

فحصل من تلك الرواية بعد البيان المذكور كبرى كلية وهي أنها كلما حكم بالصحة في غير النكاح مع دوران الأمر فيه بينها وبين الفساد، ولو كان ناشئاً من جهة أخرى غير جهة الشك في بطلان الوكالة بالعزل الغير الواصل إلى الوكيل، مثل الشك في المقام في اعتبار مقارنة الرضا بالعقد وعدمه؛ إذ الظاهر عدم الفرق من هذه الجهة، فلا بد من الحكم بها فيه معه بطريق أولى، ولا يخفى أنها عكس الفحوى المستدل بها على المقام.

ودعوى أن «اللام» في «النكاح» للعهد إشارة إلى النكاح الواقع بعنوان الوكالة المعزول عنها مع عدم العلم به فلا يعم غيره حتى تفيد الكبرى الكلية، مدفوعة بأنه خلاف الظاهر، ولو سلم فلا أقل من احتمال مساواة غيره معه، وهو كاف في منع الفحوى المذكور.

قوله: كما هو نص الرواية. ١٠/١٢٦

أقول: وجهه استشهاد الإمام عليه السلام بحكم الأمير عليه السلام بصحة النكاح في مفروض الرواية.

قوله: ثم إن الرواية وإن لم يكن لها دخل.

أقول: يعني أن الرواية من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة باعتقاد العاقد لا دخل لها بمسألة الفضولي المختصة بما وقع لا بعنوانها، إلا أن المستفاد من قوله فيها: «إن النكاح...» قاعدة كلية شاملة للفضولي وغيره، وهي أن إمضاء العقود الواقعة على المال كالبيع عند الشك في صحتها وفسادها بجهة من الجهات - ولو جهة الشك في اعتبار مقارنة الرضا بها وعدمه ونحوه - يستلزم إمضاء النكاح، وأمّا احتمال العقد فقد مرّ مع تضعيفه.

٥/١٢٦ قوله: بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام

أقول: لم يجعل الامام الاحتياط في النكاح إبقاءه، أي لم يحكم عليه السلام بإبقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط حتى يقال: إنه ليس احتياطاً، وإنما هو أحد المحذورين المردّد الأمر بينهما في البين، وإنما جعل الاحتياط في النكاح -بمعنى مراعاة الزوج والزوجة معاً، والنظر إليهما على حدّ سواء في مقام التحفظ عن ورود الضرر على كلّ واحد منهما من الحكم بصحة النكاح من الوكيل المعزول الغير الواصل إليه عزله أو فساد مع الشك في ذلك - سبباً لبطلان تفريقهم بين البيع والنكاح بعدم المانع من الرجوع إلى إطلاقات صحة البيع فيه؛ لانحصاره في الضرر وهو منتف فيه، ووجوده في النكاح لوجود الضرر على الزوجة.

وبيّن أنّ هذه التفرقة إنّما نشأت من مراعاة الاحتياط والتحفظ عن الضرر على كلا طرفي العقد في البيع، وتخصيصه في النكاح لطرف واحد وهو الزوجة، والحال أنّ النكاح ذلك بالقياس إلى كلا الطرفين، وقضيّته: معارض الضررين وتساقطهما معاً، ومعه لا يكون هنا مانع عن الرجوع إلى العمومات الموجبة للصحة فيه مثل البيع، ومع ذلك يكون حكمهم ببطلان النكاح في فرض الخبر.

وغرضه من ذلك هو الإيراد عليهم بإيراد آخر، وهو أنّه سلّمنا صحة تفرقتهم، لكن نقول: إنّها ناشئة من الرأى والاستحسان، ولا يجوز عندهم الرجوع إليه والاعتماد عليه إلّا مع الشك وعدم الحجّة في البين، وقول الأمير عليه السلام وقضاؤه حجة عندهم.

وبالجملة: ليس في الرواية دلالة على ما ذكره حتى نحتاج إلى الوجه الذي ذكره، وإن كان أمراً صحيحاً في نفسه.

[الأدلة المؤيدة لصحة بيع الفضولي]

قوله: بل يستدلّ عليها... إلى قوله: مثل موثقة جميل. ١٢-١١/١٢٦
أقول: وجه الاستشهاد بالموثقة أنّ الظاهر من تعيين المتاع والأمر
بشرائه بالخصوص التضييق لدائرة المضاربة، فإذا اشترى العامل بحال
المضاربة غير ما عينه، فلا محالة يكون من الفضولي كما لا يخفى.

ما يؤيد صحة
بيع الفضولي:
١- ما ورد في
المضاربة
٣ : ٣٥٨

ثم إنّها وإن كانت تدلّ بإطلاقها على صحة الفضولي مع عدم لحوق
الإجازة، بل ومع الردّ أيضاً، إلّا أنّها بعد تقييدها بأدلة الطيب تنطبق على
المقصود من صحة الفضولي مع لحوق الإجازة.

وتوهّم أنّ النسبة بينهما عموم من وجه، فلا وجه للتقييد، بل يتعارضان،
فبعد التساقط يرجع إلى عموم «أوفوا بالعقود»^(١) ويحكم بالصحة، مدفوع:
بأنّه نعم، إلّا أنّ أدلة الطيب - لموافقتها لحكم العقل والعرف بقبح التصرف في
مال الغير - أقوى، فتقدّم على الموثقة وإن وردت على طبقها عدة روايات.

هذا، ولكن فيه: أنّه ينافيه قوله: «والربح بينهما على ما شرطاً»؛ إذ على
الفضوليّة يكون تمام الربح للمالك والخسران عليه إذا أجاز له وقلنا بالكشف،
ولصاحبه، والضمان عليه إذا لم يجزه أو أجاز له وقلنا بالنقل لا أنّه مشترك بين
الفضولي والمالك، والضمان على الفضولي كما هو نصّ الرواية، بل قوله: «على
ما شرطه» ظاهر أو صريح في بقاء المضاربة ووقوع المعاملة بعنوان المضاربة،
إلّا أن يقال: إنّ الحكم المذكور تعبّد صرف لکنّه بعيد إلى الغاية.

فتبيّن أنّ الرواية لا ربط لها بالفضولي، وإنّما تدلّ على صحة المضاربة
مع المخالفة، وبمضمونها أفتى الأصحاب، وحينئذٍ يشكل الرواية وكلمات
الأصحاب بالجمع بين الحكم بالضمان على تقدير الخسران وبين الحكم
بالشركة في الربح؛ إذ مقتضى الأوّل فساد المضاربة، ومقتضى الثاني صحّتها،

مع أنّ قضية حديث «الخراج بالضمان» - على ما هو المعروف في معناه وإن كان محلّ نظر عندنا كما نبّهنا عليه في السابق - كون تمام الربح للعامل كما أنّ الضمان عليه.

ويمكن دفع الإشكال : بأنّ وروده مبنيّ على أن يكون ارتفاع الضمان عن العامل، كاشتراكه مع المالك في الربح، من مقتضيات نفس المضاربة، أو على أن يكون عقد المضاربة من العقود التي لا تنتج إلا الإباحة والترخيص في التصرف.

أمّا على الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني فلأنّ الترخيص والإباحة لا يجتمع مع منع المالك عن تصرف خاصّ، فلا بدّ في العمل بالرواية من الالتزام بالتعبّد في أحد الحكمين، وكلاهما خلاف التحقيق؛ إذ التحقيق أنّ ارتفاع الضمان عن العامل من مقتضيات كون يده يد أمانة لا من مقتضيات المضاربة، وأنّ نتيجة عقد المضاربة أولاً وبالذات هو الوضع، وهو جعل العامل سلطاناً على التصرف، فلا مانع من بقاء السلطنة عليه مع النهي عنه فيما علم من الخارج أنّ مراده مطلق المضاربة كما هو الغالب، وإنّما نهى عن تصرف خاصّ لأجل تضيق دائرة المضاربة، بل لاعتقاده عدم الربح فيه، ولعلّه الظاهر من ملاحظة الغرض من المضاربة نوعاً، فيصحّ التصرف بنحو المضاربة مع وجود الربح حتى مع المخالفة.

وأمّا الضمان في صورة الخسران فهو من آثار ما يستلزمه تعيين المتاع من عدم الإذن أو النهي، من جهة أنّه موجب لصيرورة يد العامل عليه يد عدوان وضمن.

ومن هنا ظهر أنّ الرواية بناء على اختصاصها بالمضاربة ليس لها تأييد على المطلب ولا استيناس بها له؛ لأنّها على ما ذكرنا في شرح الموثقة ورفع الإشكال عنها داخل في المأذون فيه، فتأمل.

٢- ما ورد في
اتّجار غير
الولي في مال
اليّتم ٣: ٣٦٠

قوله: ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتّجار غير الوليّ بمال اليّتم.

١٧/١٢٦

أقول: ليس في أخبار الاتّجار بمال اليّتم من غير الوليّ عين ولا أثر، لا صراحة ولا ظهوراً؛ إذ بعضها نصّ في أنّ المتّجر به هو الوليّ كرواية أسباط بن سالم: «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك فأوصى إلى أخ أكبر منّي وأدخلني معه في الوصيّة وترك ابناً صغيراً وله مال، أفيضرب به أخي فما كان من فضل سلّمه لليّتم وضمن له ماله؟ فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليّتم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يتعرّض لمال اليّتم» فإنّها نصّ في أنّ المتّجر به هو الوصيّ.

وبعضها متضمّن لما يدلّ على اختصاصه بالوليّ، كصحيحة الرّبيعي عن الصادق عليه السلام: «في رجل عنده مال اليّتم؟ فقال عليه السلام: إن كان محتاجاً ليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن اتّجر به فالريح لليّتم، وهو ضامن».

ورواية منصور الصيقل: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليّتم يعمل به؟ فقال عليه السلام: إذا كان عندك مال وضمنته فلك الرّبح، وأنت ضامن للمال؛ وإن كان لا مال لك وعملت به فالرّبح للغلام، وأنت ضامن للمال».

ورواية عليّ بن أسباط: «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: فقلت: أخي أمرني أن أسألك عن مال اليّتم في حجره: يتّجر به؟ فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليّتم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له، وإلا فلا يتعرّض لمال اليّتم»؛ إذ تقييد الضمان فيهما بما إذا لم يكن للمتّجر مال أقوى شاهد على أنّ المراد من التاجر هو الوليّ، فإنّه الذي لا يضمن إذا تلف على ما يدلّ عليه رواية أبي الرّبيع التي رواها في زكاة الوسائل: «قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يّتم وهو وصيّ، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم كما يعمل بمال غيره. والرّبح بينهما. قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا إذا كان ناظراً له» حيث إنّها وإن دلّت على نفي الضمان من الوليّ المتّجر لأجل اليّتم مطلقاً ولو لم

يكن له مال يفي بماله إن تلف، إلا أنه لا بدّ من تقييدها بما دلّ على الضمان مع عدم الملاءة، مثل ما رواه في تجارة الوسائل عن ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم قال: «العامل به ضامن ولليّتم الربح إذا لم يكن للعامل مال» و«قال: إن عطب أدّاه» فإنّه بمنطوقه يدلّ على الضمان بدون المال، وبمفهومه على عدمه مع المال.

كما أنّ إطلاق هذا من حيث كون التاجر وليّاً أو غيره لو كان يقيد بذلك، فيكون الحكم بعد تقييد إطلاق كلّ منهما بقيد الآخر عدم ضمان الوليّ المليّ، وأمّا غير الوليّ فهو ضامن مطلقاً ولو كان مليّاً؛ لحديث «على اليد». نعم بعضها بإطلاقه يعمّ لغير الوليّ أيضاً وهو ما تضمّن كون الرّبح لليّتم والضمان على التاجر.

ولا يخفى أنّ فيه جهتين للإطلاق، إحداهما: بالنسبة إلى الوليّ وغيره، والأخرى: بالنسبة إلى لحوق الإجازة وعدمه على تقدير اتّجار غير الوليّ، ولا يمكن العمل بكلا الإطلاقين لمخالفته للإجماع، فيدور الأمر بين تقييده بصورة اتّجار الوليّ وبين تقييدها بصورة لحوق الإجازة على تقدير اتّجار غير الوليّ.

والظاهر هو الأوّل لبعد الثاني، فتكون المعاملة مأذوناً فيها غير مربوطة بباب الفضوليّ، نعم لو لم يتمّ إجماع على خلاف تلك الإطلاقات لكان فيها بلحاظ شمولها لاتّجار غير الوليّ مطلقاً استيناس للمسألة، إلا أنّ الشأن في إثبات هذا النحو من الإطلاق في الأخبار، وقد مرّ منعه، فتأمّل وافهم.

قوله: ١٩/١٢٦ وربما احتتمل دخولها في المسألة.

أقول: يعني. بعد البناء على إطلاق الأخبار وعدم تقييدها بصورة إجازة الوليّ ربّما احتتمل دخولها في المسألة من حيث إنّ الحكم بالمضيّ من جانب الشارع إجازة إلهيّة لاحقة على المعاملة الصادرة من الفضوليّ، وهو غير الوليّ،

فلا حاجة في كونها من أفراد المسألة إلى إجازة الولي أو اليتيم بعد بلوغه.
ولعل الأمر بالتأمل في ذيل العبارة إشارة إلى أن المراد بالإجازة ما يقوم مقام الإذن والرضا المدلول على اعتباره بأدلة الطيب، ومن المعلوم أن الرضا من جهة كونه وظيفة المالك - كما هو صريح الأدلة - لا يقوم مقامه إلا إجازة المالك.

وأما الإجازة الإلهية فلاكتفاء بها عن رضا المالك عبارة أخرى من عدم اعتبار رضا المالك، وهذا خلف كما لا يخفى.

هذا، مضافاً إلى أن الصادر من الله تعالى هو الحكم الكلّي، أعني: كون غير الولي المتجر بمال اليتيم ضامناً وكون الربح لليتيم، وهذا موجود قبل تحقق المصاديق، قال بعض المحشّين: إن أريد تسمية مثل الحكم بصحة التجارة بمال اليتيم باسم فليسمّ إذناً إلهياً مقروناً بالمعاملة لا إجازة إلهية لاحقة عليها، فحينئذ يكون المورد من مصاديق سبق الإذن ولا ربط له بمسألة الفضولي والإجازة.

قوله: وربما يؤيد المطلب برواية ابن أشيم.

٢٠ - ١٩/١٢٦

٣-رواية ابن
أشيم: ٣: ٣٦١

أقول: قال السيّد الجزائري في شرح التهذيب: إنّ «أشيم» بضمّ الهمزة وفتح الشين، وحكاها في محلّ آخر عن المحقّق الثاني، وببالي ضبطه في الخلاصة بفتح الألف والياء.

ثمّ إنّ متن الرواية على ما ذكره في الوافي، في آخر كتاب القضاء والشهادات، في باب قضايا غريبة وأحكام دقيقة، هكذا: شرح التهذيب: الحسين، عن السّراد، عن صالح رزين، عن ابن أشيم، عن أبي جعفر عليه السلام في عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال له: اشتر منها نسمة واعتقها عني وحجّ عني بالباقي، ثمّ مات صاحب الألف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي في الحجّ عن الميت فحجّ

عنه، فبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت، فاختصموا جميعاً في الألف درهم، فقال موالى المعتق: إنما اشتريت أباك بماننا. وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بماننا. وقال موالى العبد: اشتريت أباك بمالى؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: «أما الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأما المعتق فهو ردّ في الرّق لمولى أبيه، وأيّ الفريقين أقام البينة أن العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً».

قال عليه السلام: بيان: إنما يصحّ دعوى موالى المعتق - بالفتح - أنك اشتريت بماننا إذا كان لهم أيضاً عنده مال للتجارة، فبناء هذه المسألة على ذلك وإن لم يجبر له ذكر، وإنما حكم عليه السلام بذلك؛ لأن الأصل بقاؤه على الرّقبة لهم حتى يثبت انتقاله عنهم إلى أحد الآخرين، وإنما صحّت الحجة؛ لأن الرّقبة لاتنافي الثّيابة في الحج. انتهى كلامه رفع مقامه.

ثم إنه قد يتوهم الإيراد على التأييد بهذه الرواية - مضافاً إلى ضعف سندها بجهاالة الراوي أو غلوّه، ومخالفتها للقاعدة من جهة تقديم قول مدعي فساد البيع، وهو قول مولى العبد المعتق؛ لكون الثمن والمثمن لمالك واحد ومعه يفسد البيع؛ حيث حكم برقيته لمولاه؛ ولذا لم يعمل بها المشهور - بأنّها لا ربط لها بمسألة الفضولي؛ لأنّها صريحة في كون العبد المشتري مأذوناً من قبل أبي الورثة ومولى نفسه في التجارة والاكتساب على الإطلاق، الشامل لشراء العبد الخاصّ المفروض شراؤه في الرواية بالمال الموجود لهما في يد العبد الواصل إليه بإذنٍ منهما، وإنما يكون موردها من جزئيات المسألة فيما إذا كان العبد قد أخذ مالهما بدون إذنٍ منهما واشترى به المملوك، وهو خلاف المتبادر من الرواية، أو قيد متعلّق الإذن بغير ذاك العبد المشتري، وهو خلاف الإطلاق، فتدبرّ.

وفيه: أن هذا ناشٍ من عدم ملاحظة الرواية والاكتفاء بما نقله في المتن؛ وذلك لأنّها كما نقلناها صريحة في أنّ الشراء إنما تحقّق بعد موت أبي الورثة،

وعليه يكون الشراء بمال الورثة لبطلان الوكالة بموت الموكل.
ودعوى كونه من باب الوصية لا الوكالة يردّها حكم الإمام عليه السلام بسماع دعوى الورثة؛ إذ بناءً على الوصية لا تسمع دعواهم كون الشراء من مالهم كما هو واضح، ولا دلالة في الرواية على اطلاعهم على ما صدر عن أبيهم، ولا على إذنهم له أيضاً، مثل أبيهم في شراء العبد بمالهم الذي دفعه أبوهم إليه ثم انتقل إليهم بموته، ولا دلالة فيها على أن يكون لهم مال آخر عند العبد للتجارة غير ما دفعه إليه الأب.

وعلى هذا يكون الشراء من ذاك المال الذي دفعه أبوهم من مصاديق الفضولي، ومقتضى حكمه عليه السلام برقية العبد المشتري لهم وكونه ملكاً لهم فيما إذا أقاموا البينة على كون الشراء بمالهم الكاشفة عن الرضا والإجازة هو صحة هذا الشراء الفضولي.

وأما الإيراد عليها بمخالفتها للقاعدة، ففيه: أنها مبنية على كون مدعى مولى الأب المعتق - بالفتح - هو فساد البيع بعد الفراغ عن تحقق حقيقة البيع، وهو ممنوع، وإنّما يدّعي هو عدم تحقق البيع، فيكون النزاع بينه وبين مقابله في وقوع البيع وعدمه، فيدّعي هو عدمه، ويدّعي كلّ من الآخرين وقوعه صحيحاً، فيكون النزاع بينهم في أصل الوقوع صحيحاً وأصل عدم الوقوع بالمرّة، والأصل فيه عدم الوقوع، فيكون تقديم قوله على طبق القاعدة، لا في صحة الواقع وفساده بعد الفراغ عن وقوعه حتّى يكون الأصل في المسألة هو الصحة، فيكون تقديم قوله على خلاف القاعدة؛ وذلك لأنّ اختلاف مالك المثلث والثمن مأخوذ في حقيقة البيع لغة وعرفاً، فلا بيع حقيقة مع الاتحاد.

ومن هنا يعلم اندفاع الإيراد على الرواية بعدم عمل المشهور بمضمونها، وجه الاندفاع: أنّ نظرهم في ذلك إلى توهم كونها على خلاف القاعدة، وقد عرفت أنها على طبقها، فلم يبق إلّا ضعف السند.

ثم إنَّ الوجه في جعل هذه وما قبلها وما بعدها من المؤيّدات احتمال كون الحكم في مواردّها كذلك؛ لأجل النصّ الخاصّ، فلا يكون دليلاً على صحّة عنوان الفضولي على وجه الكليّة.

٢٣/١٢٦ قوله: وممّا يؤيّد المطلب أيضاً صحیحة الحلبي. ٤ - صحیحة

الحلبي ٣: ٣٦١

أقول: لا وجه لذلك أصلاً؛ إذ غاية ما يدلّ عليه قوله «لا يصلح» إنّما هو كراهة الإقالة بوضیعة، بل نفي رجحانها، وأنّ طريق تدارك ذلك - على تقدير الإقدام عليها - ردّ ما زاد على صاحبه الأول، فلا يرتبط بالفضولي؛ إذ الإقالة صحیحة إلاّ أنّها مكروهة، ومع الصحّة يكون البائع مالکاً فيقع المبيع في ملكه، نعم، لو كان المراد من قوله: «لا يصلح له» هو الحرمة الوضعيّة أو التکلیفیّة مع القول بدلالاتها على الفساد؛ لآتجه ما ذكره المصنّف، إلّا أنّه احتمال لا يساعد عليه ظاهر الكلام.

هذا، ويمكن أن يقال: إنّ المراد من عدم الصّلاح هنا الحرمة الوضعيّة، بمعنى اشتراط صحّة الإقالة بعدم الوضیعة، وكذلك الزیادة؛ وذلك لمنافاتها لمقتضى الإقالة من رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه؛ حيث إنّها فسخ لا بيع ولا معاملة مستقلّة، فیدلّ حينئذٍ على فساد الإقالة لأجل فساد الشرط، وبضمیمة عدم الفرق بينها وبين غيرها تدلّ على فساد المعاوضة وغيرها من المعاملات بفساد الشرط، فتأمّل فإنّ التحقيق عدم الفرق فيما إذا كان الشرط مخالفاً لحقيقة ما اشترط فيه الشرط.

ثمّ إنّ تقریب تطبیق الرواية على صورة الإجازة ما تقدّم في وثقة جميل من الحمل على الغالب من رضا المالك بالبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له، وكيف كان، فهي تدلّ على مشروعیّة الإقالة بدون الوضیعة وكونها مفروغاً عنها، فتأمّل.

قوله: بناء على أنّ الاشتراء من السّمسار.
أقول: أيّ الاشتراء الصادر من السّمسار.
قوله: يحتمل أن يكون لنفسه.

أقول: الظاهر من الموثقة ليس إلّا هذا الاحتمال؛ لأنّ احتمال كونه فضولياً خلاف ما يظهر من قوله: «فيشترط عليه» من أنّ تعليق صاحب الورق أخذه وتركه على مشيئته ليس بحسب جعل الشارع له ذلك كما في الفضولي، بل إنّما هو من جهة الاشتراط، كما أنّ قول السّمسار له: «خذ ما رضيت» إنّما هو من جهة العمل بالشّروط والتباني الحاصل بينهما، ومع الغض عن ذلك ففي كونه فضولياً إشكال لتوقّفه على أن يكون دفع الورق إليه بعنوان الأمانة، أو بعنوان الإذن في الشراء لصاحبه ولكن مقيّداً باشتراطه الخيار له على بائع الأمتعة فاشترائها منه بلا شرط الخيار، وكلاهما كما ترى.

وبعد هذا إمّا أن يراد من قوله: «إنّك تأتي بما تشتري» جعل خيار الفسخ والالتزام في أصل المعاملة بحسب الكراهة والمشيئة بأن يكون المعاملة بينه وبين بائع الأمتعة، ويكون السمسار صرف الواسطة، كما هو قضية توصيفه بالاشتراء بالأجر.

وإمّا أن يراد منه اشتراط وفاء الدين ممّا يشتريه بأن يدفع الورق إلى السّمسار بنحو القرض ليكون الشراء لنفسه.

ولا سبيل إلى الأوّل الذي جعله المصنّف ثاني الاحتمالات؛ لأنّه مستلزم للتصرّف في مرجع الضمير المجرور بـ «على»؛ إذ الظاهر بل المقطوع رجوعه إلى السمسار، وهو لكونه أجنبياً عن المعاملة لا داعي لجعل الخيار عليه نوعاً، فلا بدّ من إرجاعه إلى بائع الأمتعة وهو خلاف الظاهر، فتعيّن الثاني الذي جعله الله أول الاحتمالات.

وعليه يكون الرواية ظاهرة في إذن صاحب الورق للسّمسار في

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (الأدلة المؤيدة لصحة بيعه) ٤١

اقتراض الورق منه واشترط وفائه من الأمتعة التي يشتريها به، فينافي كونه فضولياً، فلا يبقى مجال للتمسك بترك الاستفصال.

٣١/١٢٦ قوله: وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد. ٦- أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه ٣: ٣٦٣
لما مرّ من الاستدلال بالأولوية، فلا يرد أنّها تكرار للسابق، مع ما مرّ من الاشكال على الأولوية.

هذا، ويمكن الخدشة في الاستدلال بذلك بأنه يتمّ في خصوص ما إذا كان الفضولي مثل موردها في كون العقد الصادر من الفضولي واجداً، للإضافة إلى العقاد المعتمدة في موضوع وجوب الوفاء، وهو العقد المضاف إلى المخاطب بالوفاء، بحيث لا قصور فيه من جهة تلك الإضافة، بل القصور فيه إنّما هو من جهة أخرى مثل بيع الراهن العين المرهونة، فإنّ إضافة العقد إليه موجودة في حال الصدور، ولا حاجة فيها إلى إجازة المرتهن، وإنّما المحتاج إليها شيء آخر غيرها، فلا يتمّ الاستدلال بها فيما إذا كان عقد الفضولي حين الصدور فاقداً لتلك الإضافة، وإنّما توجد بالإجازة لإمكان اعتبار أن يكون الفرق بين العقد المقارن لتلك الإضافة كما في مورد هذه الأخبار وبين الملحق بها كما في عقد غير المالك وبيعه مال غيره، فلا بدّ في الاستدلال بها من نفي الفرق بينهما بالتمسك بذيل اطلاق مثل آية: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) بحسب زمان حصول إضافة العقد إلى المالك المخاطب بالوفاء، ومعه لا حاجة إلى تلك الأخبار، فتدبر.

٣٤/١٢٦ قوله: وبعضها وإن كان يمكن الخدشة فيه. مختار المؤلف

الصحة ٣: ٣٦٣

أقول: لعلّ مراده من هذا البعض رواية عروة، وما ذكره بين صحيحة محمّد بن قيس وبين رواية ابن أشيم، ومراده من البعض الثاني العمومات

والصحيحة ورواية ابن أشيم وما بعدها، وقد مرّ الإشكال في المؤيّدات واحداً بعد واحد، ومرّ أيضاً عدم صحّة التمسك بالعمومات على مبناه أصولاً وفروعاً من إرجاع ما ينافيها إلى تخصيص الفرد لا إلى تقييد الحال، ولازمه عدم دخول الفضولي بعد الإجازة فيها بعد خروجها عنها قبلها، وسيأتي تفصيل القول في ذلك في خيار الغبن - إن شاء الله تعالى - عند الكلام في كونه على الفور أو التراخي.

نعم، يصحّ أن يتمسك بها بناء على كونه من قبيل تقييد الإطلاق الحالي أو كون خروج الفضولي قبل الإجازة عنها من قبيل التخصّص على ما أشرنا إليه من أنّ مفاد آية الوفاء بالعقود هو الأمر على كلّ عاقد بالوفاء بعقده، وكذا آية التجارة وآية حلّ البيع، ومرّ أيضاً عدم تمامية دلالة الصحيحة بناء على ما اختاره في مناط الاستدلال بها، وأمّا بناء على ما ذكرناه فيه فلا بأس بالاستدلال بها، فتأمل وافهم.

٣٥/١٢٦

قوله: أو سياق التحديد.

أقول: يعني تحديد التجارة في الآية بتوصيفها بـ «عن تراضٍ» وتقييدها به.
قوله: على أنّ غير التجارة عن تراضٍ.
أقول: هذا متعلّق «يدلّ» بطور اللّف والنشر المرتّب، فلا تغفل.

١/١٢٧

قوله: وفيه أنّ دلّته على الحصر ممنوعة.

أقول: ظاهره أنّ الاستثناء المنقطع لا يفيد الحصر ولا وجه له إلّا توهم أنّ «إلّا» في المنقطع بمنزلة «لكن» للاستدراك.

وفيه: أنّ استعمالها في معنى «لكن» في أمثال المقام في غاية البعد، بل غلط محض؛ ولذا لا يصحّ استعمالها فيما يصحّ فيه استعمال «لكن» مثل: جاءني زيد لكن عمرو، فهي في كل مورد قد استعملت في معناها الحقيقي، غاية الأمر مبنياً على ادّعاء دخول ما بعدها فيما قبلها مبالغة في الحصر.

الاستدلال بآية
التجارة عن
تراضٍ ٣: ٣٦٤

المناقشة في
الاستدلال
بآية التجارة
عن تراضٍ
٣: ٣٦٤-٣٦٥

وبالجملة: لا وقع في الخدشة في دلالة الآية من جهة الحصر بانقطاع الاستثناء، هذا مع أنه يمكن أن يقال: بأن الاستثناء في الآية متصل مفرغ، والمستثنى منه هو الأموال بلحاظ عمومها لحال طرؤ التجارة عليها وحال عدمه.

والوجه في ذلك أن الظاهر ولا أقل من الاحتمال إن «الباطل» ظرف مستقر متعلق بما تعلق به «بينكم» الذي هو صفة الأموال، أعني: الحاصلة، والضمير في «تكون» مؤنث راجع إلى «الأموال» الموصوفة بالوصف الكذائي، لا أنه مذكّر راجع إلى سبب الأكل المستفاد من قوله: «الباطل» بلحاظ تعلقه «بلا تأكلوا»، وإنما أنث باعتبار تأنيث الخبر وهو التجارة؛ لأنه خلاف الظاهر بلا وجه؛ إذ ليس في الآية ذكر السبب حتى يرجع الضمير إليه، ولو بنى الأمر على ارتكاب خلاف الظاهر في الآية فالأولى إرجاع الضمير إلى الأكل وتقدير مضاف إلى التجارة، فيكون المعنى: إلا أن يكون الأكل أكل تجارة عن تراض. وبالجملة: الظاهر رجوع الضمير إلى «الأموال»، و«التجارة» مصدر بمعنى المفعول كناية عن «الأموال» وصفة لمحذوف وهو الأموال، يعني: أموالاً متجورة وردت عليها التجارة عن تراض، وإضافة «الأموال» إلى ضمير الجمع للاختصاص ولكن بلحاظ نظر المخاطبين لا بلحاظ الواقع ونظر الشرع؛ لعدم معقوليّة أكل المالك الشرعي مال نفسه بالسبب الباطل؛ بناء على الظاهر من تعلّق «الباء» بـ «لا تأكلوا» مع كونها للسببيّة، وعدم معقوليّة كون المال له شرعاً بالسبب الباطل شرعاً بناء على تعلّقها بالمقدّر، كما ذكرنا.

وتوهم تعلّقها بالأكل مع كونها بمعنى في - يعني لا تصرفوا أموالكم في الأمور الباطلة - فاسد جداً؛ لفساد المعنى حينئذ قطعاً، و«الباطل» وإن فسّر في المروي عن الباقر عليه السلام بالقمار والرّبا والبخس والظلم، إلا أن الظاهر أنه من باب المثال، فيعمّ غيره كالغش بما يخفى، والمقبوض بالعقد الفاسد، والفضولي قبل

الإجازة إلى غير ذلك، فيكون المعنى على ما ذكرنا: لا تأكلوا الأموال الحاصلة عندكم والصائرة بيدكم بالأسباب الباطلة في حال من الأحوال، أي سواء طرأ عليها عنوان التجارة والمعاملة عن تراض أم لا، إلا أن تكون تلك الأموال المأخوذة بالباطل أموالاً يتجر عليها عن تراض ويطرأ عليها هذا العنوان، فيحل أكلها ويرتفع الحرمة عنها.

ويؤيده موافقته لقراءة رفع التجارة على الفاعلية، لتكون تامة بمعنى تقع؛ إذ المعنى بناء عليه: إلا أن تقع تجارة عن تراض عليها، أي على تلك الأموال، وعلى هذا لا إشكال في إفادتها الحصر، ولكن لا ينافي صحة الفضولي؛ لأن المال الذي تعلّق به عقده إنما هو يصير بعد الإجازة من مصاديق المستثنى، كما لا يخفى على المتدبر، فتدبر.

قوله: كما هو ظاهر اللفظ.

أقول: قضية هذا التعبير احتمال اتصال الاستثناء في الآية، غاية الأمر خلاف الظاهر، وهو منافٍ لما ذكره في تعليقه من ضرورة عدم فردية التجارة عن تراض للباطل.

وقد يوجّه بأن نظره في احتمال الاتصال إلى احتمال ابتناؤه على التناسي والتغافل عن قيد «عن تراض» وملاحظة نفس المقيّد نظير العطف على التوهم، فافهم.

قوله: ككونه وارداً مورد الغالب. ٣/١٢٧

أقول: ورود القيد بلحاظ الغالب وإن كان أمراً صحيحاً إلا أنه لا يعدّ فائدة في عرض الفوائد، فتنزّل القيد عليه في معنى إلغائه؛ ولذا ربّما يلتمس له فائدة كما في آية الرّباب، ويقال: إن فائدة القيد فيها بيان نزول الرّباب منزلة الأولاد. وبالجملّة: صحّة ملاحظة الغلبة لا تنافي كونه ظاهراً في المفهوم ولو بمعونة سياق التحديد، مضافاً إلى المؤيّدات العقلية والنقلية القاضية لمدخلية

الرّضا في النقل والانتقال الاختياري الموجبة لتقييد التجارة به لو كانت غير مقيّدة به، كذا قيل.

قوله: مع احتمال أن يكون.

أقول: هذا إشارة إلى منع التحديد بالقيّد، ولا يخفى أنّ الاحتمال المذكور إنّما يجدي فيما إذا أوجب تعدّد الاستثناء، وكون كلّ واحد من الخبرين علّة للحلّ في عرض الآخر بحيث يكون الكلام بتقدير «أو» بين الخبرين كما يقتضيه قوله: «ومن المعلوم أنّ السبب الموجب» يعني: أنّ السبب - أي العقد الموجب لحلّ الأكل في عقد الفضولي - إنّما نشأ إيجابه له وتأثيره فيه عن التراضي من المالكين لا نفس السبب وهو العقد؛ لأنّه فيه لم ينشأ منه، وأنت خبير بأنّ تعدّد الخبر في مثل المقام يوجب اعتبار اجتماعهما في موضوع واحد كما في قوله: الرّمان حلّو حامض، فيفيد فائدة التقييد ويسلم عن احتمال الورود مورد الغالب، فيكون دلالة الآية مع هذا الاحتمال على مدّعى الخصم أقوى منها مع خلافه، وهو احتمال التوصيف والتقييد.

هذا مع أنّه يرد على تعدّد الاستثناء أنّ قضية الخبر الأوّل كون التجارة مطلقاً ولو بلا تراضي مجوّزاً للأكل وهو باطل، وإن قيّدت بالتراضي، فلازمه وحدة المستثنى وهو خلف، وقضية الخبر الثاني بقرينة كلمة «عن» اعتبار مقارنة سبب حلّ الأكل للتراضي ومجاوزته عنه في تأثيره، وهي منتفية في الفضولي؛ لأنّ عقده لم يتجاوز عن تراضي المالكين وإنّما الذي تجاوز عنه إنّما هو أثره وهو الحلّ لا نفسه، فجعله خبراً آخر يوجب مخالفة ظهور رجوع ضمير «يكون» إلى نفس السبب وإرجاعه إلى أثره، وبعبارة أخرى: إلى وصف تأثيره، وهو كما ترى.

قوله: إنّما نشأ عن التراضي. ٥/١٢٧

أقول: قد مرّ بيان المراد منه وما يتّجه عليه.

٤/١٢٧

قوله: على قراءة نصب «التجارة».

أقول: التقييد بهذا من أجل تعيين القيدية على قراءة الرفع على الفاعلية «لتكون» بجعلها تامة، لبعدها كونها ناقصة، و«التجارة» اسمها و«عن تراضٍ» خبرها؛ إذ المناسب حينئذٍ تعريف التجارة.

قوله: فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل.

أقول: يعني إلا أن يكون سبب الأكل تجار تكم أو تجارة الغير، وعقده عن تراضٍ منكم بمضمونه.

٥/١٢٧

قوله: مع أن الخطاب لمالك الأموال.

أقول: يعني مع أننا نسلّم كونه قيداً لها كما يؤيده غلبة توصيف النكرة، ونقول: إن الخطاب... إلى آخره، وعليه لا فرق بين كونه احترازياً أو كاشفاً عن المفهوم ومبيئاً له، الأول: بناءً على عدم أخذه في مفهوم التجارة، والثاني: بناءً على أخذه فيه كما هو ظاهر مجمع البحرين.

هذا، ولكن يرد عليه: أنه بعد كون المراد من الآية حرمة أكل بعض الناس مال البعض الآخر كما في بعض التفاسير - نظراً إلى عدم صحة المعنى بدونه؛ ضرورة جواز أكل المالك ماله - لا يكون وجه لتخصيص الخطاب بخصوص المالك، بمعنى دخالة خصوصية المالكية في الحكم، بل الحكم عام لجميع الناس، ويدلّ على التعميم لغير المالك ما في المجمع عن الباقر عليه السلام في تفسير الباطل في الآية بالرّبا والقمار والبخس والظلم؛ إذ من المعلوم أن الأكل بالظلم غير معلوم من المالك.

هذا، ويمكن أن يوجّه ذلك بأنّ المراد من الخطاب ليس على ظاهره من كونه مقابل الغيبة، كي ينطبق على «لا تأكلوا».

ويرد عليه: ما ذكر، بل المراد منه الحكم الوضعي أعني سبب الأكل، يعني: إلا أن يكون سبب الأكل تجارة لصاحب الأموال عن تراضٍ منه إنما

يحصل بالإجازة، وبعدها يكون تجارته عن تراضٍ، وعلى هذا يرتفع الإشكال الذي ذكرناه عن عبارة المصنّف رحمه الله.

٦/١٢٧ قوله: وقد حكى عن المجمع.

أقول: لم يحضرني المجمع حتّى أراجعه ولكن السيّد الجزائري رحمه الله في شرح التهذيب قال: إنّ في معنى التراضي بالتجارة قولين أحدهما: أنّه إمضاء البيع بالتفرّق أو التّخاير بعد العقد، وإليه ذهب أصحابنا الإماميّة وجماعة من الجمهور، والثاني: البيع بالعقد فقط، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة. انتهى.

وهو - كما ترى - مخالف لظاهر ما حكاه عن المجمع؛ فإنّه ظاهر في موافقة مالك وأبي حنيفة للإمامية أيضاً، فتأمل.

٧/١٢٧ قوله: ولعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

أقول: يعني أنّ المحكي عن المجمع من كون المراد من التراضي بالتجارة في الآية: التراضي ببقاء العقد، ولزومه بمعنى إسقاط الخيار، إمّا بالفعل كالصرف وإمّا بالقول كالتخاير بأن يقول: اخترت العقد، لا التراضي بأصل انعقاد التجارة وصحته؛ لعدم احتياجه إلى البيان؛ حيث إنّ اعتباره معلوماً من الخارج وإن كان غير مرضي منه رحمه الله؛ لأنّه - مع كونه مخالفاً للظاهر - مستلزم لعدم جواز الأكل إلا بعد إسقاط الخيار، فيكون العقد من المالكين قبله من أفراد الباطل والأكل به من الأكل بالباطل، ولا قائل به من الإماميّة إلا الشيخ رحمه الله ومن تبعه في توقّف الملك على انقضاء الخيار، ولعله لذا نسبته إلى الإمامية، إلا أنّه يدلّ على كون الظرف في الآية خبراً بعد خبر؛ إذ على القيدية يدلّ على اعتبار مقارنة التجارة للتراضي وتجاوزها عنه.

ولازمه عدم إمكان إرادة ما ذكره في معنى التراضي منه في الآية؛ لعدم تعقّل تحقّق الإمضاء بالصرف والتّخاير بعد العقد مقارنة للعقد، فيلزم بطلان العقد الذي وقع التصرف والتخاير بعده، والحال أنّه لا شبهة في صحته.

وكيف كان، فعلى هذا لا بدّ من إرجاع ضمير يكون إلى الأكل المستفاد من «تأكلوا» لا إلى السبب كما صنعه المصنف؛ إذ فيه ما مرّ من منافاته لمقتضى كلمة «عن» إلّا بنحو من التصرّف والتأويل.

قوله: وما عن الحميري: إنّ مولانا عجلّ الله فرجه. ٩/١٢٧
أقول: متن الرواية أنّه كتب إلى صاحب الزّمان عليه السلام: «إنّ بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجانب ضيعة خراب للسلطان، فيها حصّة، وأكرته ربّما زرعوا وتنازعوا في حدودها، وتؤذيهم عمّال السلطان، وتتعرّض في الكلّ من غلات ضيعته، وليس لها قيمة لخرابها، وإنّما هي بائرة منذ عشرين سنة، وهو يتحرّج من شرائها؛ لأنّه يقال: إنّ هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً وصلاً له وعمارة لضييعته، وأنّه يزرع هذه الحصّة من القرية البائرة يفضل ما ضيعته العامرة وينحسم عن طمع أولياء السلطان؛ وإن لم يجز ذلك عمل بما تأمره إن شاء الله تعالى. فأجابه: الضيعة لا يجوز...» إلى آخر ما ذكره في المتن.

الاستدلال
بالروايات على
البطلان
٣: ٣٦٥-٣٦٦

قوله: وأهل الأستان يقولون. ١١/١٢٧
أقول: في الوافي في باب حكم أرض الخراج وأرض أهل الذمّة، بعد أن نقل الرواية قال: بيان «الأستان» بالضم أربع كور ببغداد. انتهى.
وفي المجمع: الكورة المدينة والناحية، والجمع: كور، مثل غرفة وغرف. انتهى.

وفي بعض النسخ المصحّحة بدل الأستان «الأسياف»، وكتب عليه المصحّح ما في المجمع في الخبر «فأتينا سيف البحر» هو - بكسر السين - ساحل البحر والجمع أسياف. انتهى. والظاهر أنّه اشتباه.

قوله: فكتب عليها كتاباً بأنّه قد. ١٢/١٢٧

يعني كتب ورقة مشتملة على أنّ الامرأة البائعة قد قبضت الثمن، والحال

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (الأدلة المؤيدة لصحة بيعه) ٤٩

أنها لم تقبضه كما هو المرسوم فعلاً أيضاً، حيث يكتب في الكتاب قبض الثمن قبل قبضه.

ثم في الوافي بعد نقل الخبر قال: بيان: «فلان» كناية عن العباس. وفي الكافي عن امرأة من العباسيين. والقطائع محال ببغداد أقطعها المنصور - لعنه الله - لأناس من أعيان دولته ليعمروها ويسكنوها، وإنما لم تملكها لأنها كانت للإمام عليّ.

١٣/١٢٧ قوله: ومن البيع البيع لنفسه.

أقول: يعني أن الظاهر من البيع المنهي عنه بقوله: «لا تبع ما ليس عندك» هو البيع لنفسه لا عن المالك.

وجه الظهور: وروده كما في التذكرة مقام الجواب عن سؤال الحكيم بن حزام عن أن يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه، ومن المعلوم أن المراد من البيع في السؤال هو البيع لنفسه.

هذا، وفيه: أن اختصاص السؤال بشيء لا يقتضي اختصاص الجواب به، فيمكن عمومه لغيره بنحو من الإطلاق، فلا يبقى منشأ لذات الظهور، فينحصر الجواب عنه بالوجه الثاني، إلا أن يقال: إن مجرد إمكان العموم لا يجدي، بل لابد من الظهور فيه وهو منتفٍ؛ إذ لا منشأ له إلا الإطلاق ومقدمات الحكمة التي فيها انتفاء القدر المتيقن في مقام التخاطب، وهو منتفٍ مع سبق السؤال عن حكم بعض أفراد المطلق، فيؤخذ بالقدر المتيقن، فتأمل، ويرجع في الباقي إلى الإطلاقات.

١٤/١٢٧ قوله: فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه.

أقول: فيكون أجنبياً عما نحن بصدده فعلاً وهو بيع الفضولي عن المالك ولأجله.

ثم إن دلالة على عدم الجواز في بيعه لنفسه من جهة دلالة النهي على

المناقشة في
الاستدلال
بالروايات
٣: ٣٦٧-٣٦٩

الفساد وعدم ترتّب الأثر على الإنشاء المنهّي عنه.

قوله: وإمّا أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه.

أقول: يعني أن يبيع لنفسه واشترى المشتري على نحو التنجيز غير مترقّب لإجازة المالك الأصلي.

والوجه في أن المصنّف أراد كون ما ذكرنا هو مراد العلامة ﷺ لا شيء آخر: أنّه قال في المسألة الأولى من مسائل من باع شيئاً ثمّ ملكه - بعد تقوية بطلانه عملاً بالروايات الناهية - مالفظه: ثمّ إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقّب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكاً، وهذا هو الذي ذكره العلامة في التذكرة نافياً للخلاف في فساده، قال: لا يجوز أن يبيع عيناً... إلى آخر عبارة العلامة التي ذكرها هناك.

ثمّ إنّ وجه إرادة العلامة ما ذكره، لا شيء آخر كالمعنى الأوّل: هو تعليله بطلان هذا البيع، مضافاً إلى النهي بالغرر وعدم القدرة على التسليم؛ معللاً بأنّ صاحب العين الأوّل قد لا يبيعها بالتقريب الذي ذكره المصنّف في المسألة المذكورة بقوله: «واستدلّاه بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر، بل صرح في وقوع الاشتراء غير مترقّب لإجازة مجيز، انتهى»، ولكن يأتي أنّه محلّ تأمل بل منع.

وكيف كان، فقد ظهر الفرق بين المعنيين وإن المراد من البيع الذي نهى عنه في المعطوف عليه صرف الإنشاء لنفسه مطلقاً ترقّب الإجازة أم لا، وفي المعطوف هو الإنشاء لنفسه، المقيّد بكونه على نحو عدم ترقّب الإجازة من مجيز بعد العقد بما هو مقيّد.

وبعبارة أخرى: أنّ النهي على الأوّل ناظر إلى الإنشاء فيفسد ولو لحق به الإجازة، وعلى الثاني إلى خصوصيّة كونه على وجه التنجيز وعدم ترقّب

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (الأدلة المؤيدة لصحة بيعه) ٥١

الإجازة، فيدلّ حينئذٍ على فساد الخصوصية فقط، وأمّا فساد أصل الإنشاء بحيث لا يترتب عليه بعد الإجازة فلا دلالة عليه، فيرجع إلى العمومات.

١٦/١٢٧ قوله: الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه.

أقول: يعني مسألة من باع شيئاً ثم ملكه وأجاز، التي يجيء التعرض لها عند التكلّم في شروط المجيز، وقد تقدّم في بيع المعاطاة.

١٦/١٢٧-١٧ قوله: ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء.

أقول: قضية ما استظهره في المسألة المذكورة من كون المراد من الروايات خصوص ما لو باع غير مترقب للإجازة ولا التملك باختياره، قبال الشهيد^(١) في المسالك القائل بعمومه له ولما باع مترقباً للتملك لا الإجازة: أن يبدّل قوله: «بمجرد انتقاله» إلى قوله: بمجرد البيع وتسليمه: إذ ظاهره كون ما أراده في التذكرة إيقاع البيع لا على وجه اللزوم بالانتقال والتملك، وأنّ مورد الأخبار البيع مترقباً للتملك، وهو منافٍ لما ذكره في تلك المسألة.

١٧/١٢٧ قوله ﷺ: فلا ينافي.

أقول: هذا صحيح بناء على ما استظهره في صدر الجواب من كون المراد بالبيع هو البيع لنفسه، وأمّا بناء على منع ظهوره فيه، فلا، فتأمل.

١٨/١٢٧ قوله: وهذا المعنى أظهر من الأوّل.

أقول: لم يعلم وجه أظهيره ما في التذكرة من كون المراد من البيع في الخبر مجرد الإنشاء، فتدبر.

٢١/١٢٧ قوله: وأمّا الروايتان.

أقول: يعني بهما روايتي خالد ويحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه، لا التوقيعين.

أقول: يعني توقيع الحميري.

قوله: فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض والضيعة رأساً.

٢٣-٢٢/١٢٧

أقول: يعني أنه في مقام اعتبار الرضا في مقابل انتفائه مطلقاً سابقاً ولاحقاً لا في مقابل انتفاء الرضا السابق.

٢٧/١٢٧

قوله: فالظاهر منه جواز البيع فيما لا يملك.

أقول: في العبارة سقط، والصحيح: نفي جواز البيع... إلى آخره.

قوله: على جهة الوجوب واللزم.

أقول: لا أرى وجهاً لذكر ذلك؛ لعدم دخالته في المطلب، بل مخل به لإشعاره بوقوعه له على جهة الجواز وعدم اللزم وليس كذلك، فالصواب عدم ذكر ذلك أصلاً.

٢٨/١٢٧

قوله: ويؤيده تصريحه.

أقول: الرواية هكذا عن محمد بن الحسن الصفار: «أنه كتب إلى أبي محمد بن علي العسكري عليه السلام في رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعت فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حده منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع في ما يملك».

٢٩/١٢٧

قوله: ادّعاء الشيخ في الخلاف.

أقول: قال بن أبي عمير في الخلاف: مسألة إذا باع إنسان ملك غيره بغير إذنه كان البيع باطلاً، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه، وبه قال قوم من أصحابنا، دليلنا: اجماع الفرقة، ومن خالف منهم

الاستدلال
بالإجماع على
البطلان ٣: ٣٧٠

شروط المتعاقدين / بيع الفضولي (الأدلة المؤيدة لصحة بيعه) ٥٣

لا يعتدّ بقوله؛ ولأنّه خلاف في أنّه ممنوع من التصرف في ملك غيره والبيع تصرف. انتهى موضع الحاجة من كلامه رحمته.
٣٠/١٢٧-٣١ قوله: وادّعى الحلّي في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب.

أقول: لا يصحّ الاستدلال بذلك على بطلان بيع الفضولي في المسألة الأولى الذي هو محلّ الكلام إلا بدعوى عدم الفرق بين الشراء والبيع، ودعوى عدم الفرق بين الغاصب وغيره، وكلاهما محلّ نظر؛ إذ من جملة الأقوال: التفصيل بين الشراء والبيع بالبطلان في الأوّل والصحة في الثاني، ومن جملتها: التفصيل بين البيع لنفسه ومنه الغاصب والبيع للمالك ببطلان الأوّل وصحة الثاني.

المناقشة في
دليل العقل
٣ : ٣٧١

١/١٢٨ قوله: ثم لو فرض كونه تصرفاً ممّا استقلّ.

أقول: في العبارة سقط، والصحيح فهو ممّا استقلّ العقل... إلى آخره.
والوجه في استقلال العقل بجوازه أنّ المناط في قبح التصرف في مال غيره بدون إذنه إنّما هو كونه ظلماً عليه، وهذا النحو من التصرف ليس بظلم قطعاً.

٢-١/١٢٨ قوله: مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن من الحال أو المقال.

أقول: يعني من الإذن هنا الرضا الباطني، مع دعوى أنّ المراد من الإذن في الرواية صرف الرضا الباطني، وإنّما عبّر عنه بالإذن من جهة أنّه الغالب في استكشاف الرضا؛ ولذا يجوز أكل مال الغير مع العلم برضاه به باطناً؛ إذ لو كان المراد منه نفس معناه وهو إظهار الرضا فلا معنى لقوله: «بناء على أنّ ذلك»؛ ضرورة أنّه يخرج من الفضولي، والذي مرّ الكلام في إخراجه منه إنّما هو صرف الرضا الباطني المجرد عن عنوان الإذن، ولو كان المراد الرضا الباطني، ولكن كان المراد منه معناه الحقيقي فيحرم التصرف المذكور بمقتضى الرواية،

فلا يصحّ الجواب بهذا عن الاستدلال بها على البطلان.

٢/١٢٨

قوله: مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع.

أقول: فيه أنّ النهي بعد فرض دلّالته على الفساد إنّما يدلّ على فساد متعلّقه، بمعنى عدم ترتّب ذاك الأثر الذي كان يترتّب عليه لولا النهي، وهو في العقد الفضولي ليس إلّا كونه جزء السبب بحيث لو انضمّ إليه الجزء الآخر وهو الرضا لأثر أثره في الخارج، وبعد دلالة النهي على الفساد يكون اللازم عدم صلاحيّته لأن يصير جزء السبب، نعم لو كان أثر عقد الفضولي لولا النهي هو السببيّة التامة لثمّ ما ذكره.

٣/١٢٨

قوله: ومما ذكرنا ظهر.

أقول: يعني به قوله أخيراً: «مع أنّه لو دلّ لدلّ»، وقد عرفت ما فيه.

٤/١٢٨

قوله: من دون مراجعة المشتري.

أقول: حقّ العبارة أن يقول: من دون مراجعة المالك.

قوله: لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

أقول: إذ حينئذٍ لا يصير الفعل - أي العقد - قبيحاً منهياً عنه حتّى يفسد بناء على دلالة النهي على الفساد؛ كي يحتاج إلى الجواب عنه بأنّه لو دلّ لدلّ - إلى آخره، وإنّما يحتاج إليه لو بنى على حرمة العقد المقرون بالقصد المذكور، فقوله: «بناء على أنّ العقد» قيد لقوله: «ظهر الجواب» بلحاظ لازمه، وهو الاحتياج إليه.

[المسألة الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع]

١٠/١٢٨

قوله: ويظهر من المحقّق الثاني حيث احتمل.

أقول: قال ميرزا فيبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأي، وكذا الغاصب، أي حكم الغاصب كالفضولي، وهو أصحّ الوجهين وإن احتمل الفساد نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا وهي الغصب. انتهى.

المشهور
الصحة ٣: ٣٧٣

مختار المؤلف
ودليله ٣: ٣٧٤

١٤/١٢٨ قوله: وكفاية العمومات.

أقول: نعم، ولكن بناءً على مسلكتنا لا على مسلكته كما أشرنا إليه.

قوله: وجريان فحوى أدلة نكاح العبد.

أقول: لا معنى للتمسك بالفحوى هنا وفي المسألة الآتية بعدما مرَّ أنَّ

الفحوى بالعكس، ولو سلَّمت الفحوى، فهي غير جارية فيما نحن فيه؛ لأنَّ

الفضولي في النكاح لا يعقد لنفسه قبال عقده للمالك، وإنَّما يعقد للمالك.

١٥/١٢٨-١٦ قوله: من بيع مال اليتيم.

أقول: فيه منع كون بيع مال اليتيم مؤيداً للمقام؛ لعدم تحقُّق النهي السابق

فيه غالباً إنَّ أريد منه نهى الوليِّ؛ لأنَّ الغالب في اتِّجار غير الوليِّ كون المال بيده

مع فقدان الوليِّ له من الأب والجدِّ والوصيِّ عنهما، وأمَّا النهي الإلهيِّ فهو وإنَّ

كان موجوداً إلاَّ أنَّ الكلام ليس فيه.

١٦/١٢٨ قوله: والمغضوب.

أقول: نظره في ذلك إلى صحيحة ابن قيس، كما صرَّح به في المسألة

الثالثة، وعليه يلزم التكرار، بل التهافت بينه وبين الاستدلال بترك الاستفصال

فيها.

قوله: ومخالفة العامل.

أقول: قد مرَّ أنَّه لا دخل لذلك بمسألة الفضولي.

[المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه]

الوجه الأوَّل
و جوابه
٣٧٧-٣٧٦: ٣

٢١/١٢٨ قوله: منها إطلاق ما تقدَّم.

أقول: يعني إطلاقه من حيث عدم وقوع بيع الفضولي للبائع والمالك.

٢٢/١٢٨ قوله: بناءً على اختصاص مورد الجميع.

أقول: هذا بيان لمبنى كون هذا الوجه وجهاً للفرق بين بيع الفضولي

لنفسه وبين بيعه للمالك، وأنَّه جارٍ في الثاني دون الأوَّل.

قوله: والجواب عنه يعرف ممّا تقدّم من أنّ مضمونها.

أقول: قد تقدّم ممّا الإيراد على هذا الوجه، وأنّ الجواب منحصر بالوجه الثاني، وهو من جهة استلزامه خروج المورد غير جارٍ هنا، وهو ظاهر، فمقتضى التّبويين وغيرهما هو البطلان في هذه المسألة، ولا يعارضها صحيحة ابن قيس؛ لأنّ دلالتها على الصحة في المسألة إنّما هو بترك الاستفصال، فلا يقاوم إطلاق تلك الأخبار، فتدبرّ.

٢٥/١٢٨

قوله: من هذه الجهة سواء.

الوجه الثاني
وجوابه ٣: ٣٧٧

أقول: يعني من جهة رضا المالك ببيعه وعدم رضاه به سواء؛ إذ قد يرضى المالك ببيع الغاصب، وقد لا يرضى ببيع غير الغاصب.

٢٧/١٢٨

قوله: والجواب عن ذلك مع اختصاصه.

الوجه الثالث
وجوابه ٣: ٣٧٧-٣٧٨

أقول: قد أُجيب عن ذلك بأنّ الوجه المذكور للبطلان مبنيّ على كون حقيقة البيع هي المعاوضة وما يساوقها من المفاهيم، وهو ممنوع؛ لأنّ معناه على التحقيق عبارة عن التعويض والتبديل في قبال المجانيّة، وأمّا دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثلّث فلا ربط له بمعنى البيع. هذا، وفيه: أولاً: إنّ ما ذكره خلط بين معنى البيع بلحاظ إضافته إلى المال وبين معناه بلحاظ إضافته إلى الفاعل، وغفلة عن أنّ النظر في تفسير البيع بالمعاوضة إلى الجهة الأولى دون الثانية، وما ذكره من المنع إنّما يتوجّه لو كان النظر إلى تفسيره من الجهة الثانية، فافهم.

وثانياً: سلّمنا ذلك إلّا أنّه لا يجدي فيما هو المهمّ من عدم منافاة قصد دخول الثمن في ملك من لم يخرج عن ملكه المثلّث لقصد مفهوم البيع؛ لأنّ البيع إقامة كلّ من المالين مقام الآخر، وجعله بدلاً عنه فيما له من الإضافة من الملكيّة والوقيّة ونحوهما من الإضافات والأوصاف، ولا يعقل اجتماع هذا مع قصد دخول الثمن في ملك الغاصب؛ إذ معه لا يكون الثمن عوضاً عنه فيكون

النقل مجّاناً.

فالإشكال في تحقّق مفهوم البيع في بيع الغاصب لنفسه لا فرق فيه بين التعويض بمعنى جعل الشيء ذا عوض وبين المعاوضة؛ إذ العوض قد أخذ في مفهومه قيامه مقام ذي العوض، ألا ترى أنّه لا يصدق مفهوم التعويض فيمن نزع لباسه وجلس عارياً ولم يلبس لباساً آخر؟ نعم يتفاوت الأمر بين التعبير بالتعويض والتعبير بالمعاوضة في طرف المثلث في لزوم دخوله في ملك من خرج عن ملكه الثمن في الثاني وعدمه في الأوّل فتأمّل، وينعكس الأمر لو كان معنى التعويض جعل الشيء عوضاً عن الآخر.

قوله: وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له. ٢٨/١٢٨

أقول: يعني وإن كان هذا الجعل لا يجعله مالاً حقيقياً، وإلاّ فإيرد عليه: أنّ الجعل المذكور واقعي وله حقيقة كما هو ظاهر.

٢٨/١٢٨ - ٢٩ قوله: لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقة.

أقول: لا يخفى أنّ الغاصب - بعد البناء على ملكيّة مال الغير - لو باعه بقصد دخول الثمن في ملكه يكون البيع والمعاوضة حقيقيّة وإن كان البناء المذكور ادّعائياً؛ لأنّ الادّعاء والتنزيل في متعلّق المعاوضة لا يوجب التجوّز في مادّة المعاوضة؛ حيث إنّ قصد الغاصب بعد البناء المذكور ليس إلّا إقامة المثلث مقام الثمن وتلويحه بلونه الاعتباري حقيقة وجداً، غاية الأمر بنى على أنّ لونه الاعتباري إنّما هو كونه ملكاً له، وأنّه يرتفع عن المثلث ويطرأ على الثمن، ولأجل هذا البناء قصد دخوله في ملكه، وحقيقة المعاوضة والبيع ليست أزيد من القصد الجدّي الواقعي إلى إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف واقعياً كان أو ادّعائياً، وهو موجود في بيع الغاصب جزماً.

نعم، لو لم يقصد الغاصب حقيقة قيام أحدهما مقام الآخر فيه لاختلّ حقيقة المعاوضة، ويكون بطور الادّعاء، مثلاً لو قال المولى لك: أليس زيداً،

وأنت نزلت عمراً منزلة زيد وادّعت أنه هو والبسته، فقد أوجدت حقيقة الإلباس بلا قصور فيه أصلاً، وإن لم يقع ذاك الأمر الحقيقي على زيد الحقيقي، بل على عمرو المدّعي أنه زيد، نعم لو نزلت الزوجة منزلة اللباس وزوجته لما أوجدت الإلباس الحقيقي بل أوجد الإلباس الإدّعائي المجازي.

وبعبارة أخرى: أن البيع عبارة عن إنشاء إقامة أحد المالكين مقام الآخر فيما له من الوصف الاعتباري، والغاصب إن بنى على ما هو الواقع من مالكية المغصوب منه للمبيع وباع لنفسه بأن قصد دخول الثمن في ملك نفسه لاختل حقيقة البيع والمعاوضة؛ لأن البيع مع القصد المذكور راجع إلى قصد عدم إقامة الثمن مقام المثل، وهو مناقض لمفهوم المعاوضة؛ وأما لو بنى على مالكية نفسه له المرتكز هو في جميع الغاصبين وإن لم يلتفتوا إليه، ومع هذا البناء الارتكازي قصد قيام الثمن مقام المثل، فقد قصد حقيقة البيع والمعاوضة بنحو الجد لا بنحو الادّعاء، ولا ينافي قصده قصد دخول الثمن في ملك نفسه بهذا البيع بل يؤكّده؛ لأن دخول الثمن في ملك الغاصب كدخوله في ملك المالك الأصلي إنما هو من مقتضيات نفس البيع والمعاوضة، بحيث لا حاجة في الأول كالثاني إلى أزيد من قصد البيع، فالمال المبيع بعد البناء المذكور يكون له وصفان، أحدهما: واقعي في نظر الشارع، وهو كونه للمالك الأصلي، والآخر: واقعي أيضاً ولكن في نظر الغاصب، وهو كونه للغاصب، فإذا قصد الغاصب إقامة أحد المالكين مقام الآخر بمجرد البيع والمعاوضة اتّصف الثمن بدل المثل بهذهين^(١) الوصفين قهراً.

ثم إنه لما كان البناء المذكور لغواً لعدم إمضاء الشارع له كان قصد الغاصب تملك الثمن المبني على بناء تملك المثل لغواً أيضاً، فحينئذ لا يبقى وصف للمبيع يطرأ على الثمن بدله إلا الأول، وهو وصف كونه للمالك الأصلي،

(١) في الأصل: بهذا.

فإذا لحقته الإجازة من المالك تمت المعاملة على وجه اللزوم وهو المطلق.
وبالجملة: نقول: إن البيع كما يعتبر في تحقق مفهومه وجود المال ولو بنحو الاعتبار، كما في بيع الكلّي بحيث لا يوجد بدونه، كذلك يعتبر فيه اتّصاف المال الذي تعلّق به البيع بوصف اعتباري، مثل الملكية والسلطنة وما أشبههما ممّا يقصد زواله عنه وعروضه على عوضه، بحيث لولا ذلك لما تحقق البيع؛ ولذا لا يجوز بيع المباحات الأصليّة قبل الحيازة، ومن المعلوم أنّ الملكية وسائر الأوصاف الثابتة للمال من الأمور الإضافيّة التي لا قوام لها بدون المالك والسّلطان، فالغاصب القاصد لتملّك الثمن ما لم يبين على ملكيّة نفسه للمبيع، ولم يجعل نفسه سلطاناً عليه لا يقدر على قصد البيع وإقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف؛ ضرورة أنّه فرع وجود وصفٍ للعوض قابلٍ للسلب عنه والإثبات على العوض، وهو منتفٍ؛ إذ الوصف الثابت للمعوض على هذا التقدير منحصر في كونه ملكاً للمالك الأصلي، ومعلوم أنّ قصد سلبه عنه وإثباته للعوض لا يجامع قصد تملكه للثمن، بخلاف ما لو بنى على ما ذكر، فإنّه يكون حينئذٍ للموصوف وصف حقيقيّ في نظر الغاصب قابلٍ للسلب عنه والإثبات عليه؛ إذ مرجع البناء المذكور إلى أنّه المالك له حقيقة في نظره والمالك الأجنبيّ عنه، ولا يخفى أنّ هذا الوصف هو الذي يسلب عن المبيع ويطرأ على الثمن.

فاتّضح أنّ الغاصب بعد البناء على كونه مالكاً على المال واقعاً لم يقصد إلّا سلب ما للمعوض من الوصف الواقعيّ الفعليّ عنه وإثباته للثمن، غاية الأمر ادّعى أنّه ليس له وصف كذلك إلّا كونه للغاصب، وهو من جهة خروجه عن مفهوم البيع لا ينافي قصد البيع.

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر أنّ الوجه الآتي لبطلان بيع الغاصب لنفسه ممّا لا مجال له أصلاً إلّا مع الغضّ عن الجواب عن هذا الوجه؛ إذ بناء على

الجواب المذكور يكون المجاز عين المنشئ وبالعكس؛ حيث إنَّ للمنشئ إقامة أحد المالين مقام الآخر فيما له من الوصف الواقعي الذي ادّعى الغاصب انحصاره في كونه ملكاً له.

ولا يخفى أنَّ الذي أجازَه المالك هو هذا بعينه، ومن آثار إجازة البيع المذكور دخول العوض في ملك المجيز؛ إذ الوصف الواقعي للمعوض في نظر الشارع القابل لأن يطرأ على الثمن الذي أريد قيامه مقامه كونه ملكاً للمجيز لا الغاصب، بل يمكن أن يقال: إنَّ الإشكال الآتي لا وقع له على كلِّ حال: أمّا بناء على تسجيل هذا الإشكال والالتزام باختلال مفهوم البيع والمعاوضة فواضح؛ لأنَّ كون المنشئ غير المجاز وبالعكس فرع تحقُّق أصل البيع والإنشاء، والمفروض عدمه؛ وأمّا بناء على دفعه بما ذكره المصنّف فلكون المجاز عين المنشئ وبالعكس كما مرَّ بيانه.

فلابقي محلّ للإشكال الآتي إلّا أن يقال: إنَّ البيع عبارة عن صرف التبدّل بعوض يخرج عن ملك المشتري أعمّ من دخوله في ملك مالك المبيع أو في ملك غيره، فإنّه يرتفع حينئذٍ هذا الإشكال. ويرد عليه الإشكال الآتي، وينحصر الجواب عنه بما ذكره المحقّق القميّ رحمته، كما يأتي بيانه.

قوله: من دون بناء على ملكيّة الثمن أو اعتقاد له. ٢٩/١٢٨

أقول: الأوّل بالنسبة إلى الغاصب، والثاني بالنسبة إلى البائع مال الغير لنفسه مع الاعتقاد بأنّه لنفسه، وعدم الالتفات إلى أنّه لغيره.

قوله: ولذا ذكروا أنّه لو اشترى. ٣٠/١٢٨

أقول: الشراء بمال نفسه للغير وإن كان مثل بيع الغاصب لنفسه يتصوّر على وجهين: أحدهما صحيح والآخر باطل، إلّا أنّه لما كان المتعارف بين الناس من الشراء للغير لو اتّفق عكس ماهو المرتكز في بيع الغاصب من بنائه على مالكيّته لمال الغير، وذلك القسم لاريب في بطلانه، حكموا بالبطلان فيه

مطلقاً، ولم يفضلوا فيه بين بناء المالك على مالكيّة الغير للثمن وعدمه بالصحة في الأوّل والبطلان في الثاني.

قوله: ٣٢/١٢٨ لأنّ مفروض الكلام في وقوع المعاملة.

أقول: هذا علّة لنفي كون بيع الغاصب بعد تنزيل نفسه منزلة المالك عكس المثال المذكور المستفاد من الحصر الحاصل من ضمير الفصل في قوله: «وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد»، يعني: أن مفروض البحث بين الأصحاب إنّما كان في بيع الغاصب الذي لو أجازاه المالك كان البيع له، ولا يكون كذلك إلّا في صورة التنزيل المذكور المرتكز في الغاصب، وهو الذي يقع للمالك بعد الإجازة.

ومعلوم أنّ هذه الصورة ليست عكس ما هو المراد من المثال، أعني: الشراء بماله لغيره من دون تنزيل الغير منزلة نفسه، حتّى يلزم من بطلانه بطلان ما نحن فيه كما تخيله بعض المحقّقين، وإنّما عكسه بيع الغاصب لنفسه بدون التنزيل المذكور، ولا ريب في بطلانه.

كما أنّ المقيس عليه لمحلّ الكلام بين الأصحاب هو الشراء بماله لغيره شيئاً مع تنزله منزلة نفسه، وبطلانه مثل ما نحن فيه غير معلوم؛ إذ يمكن تصحيحه بلحوق رضا المالك بكون الشراء لنفسه.

قوله: ٣٤/١٢٨ وقد أجاب عن هذا المحقّق القميّ رحمه الله.

جواب المحقّق
القمي عن
الوجه الرابع
٣٧٨ : ٣

أقول: هذا الجواب مبنيّ على كون البيع مطلق التبدّل بالعوض؛ إذ بناءً على كونه المبادلة المستلزمة لدخول كلّ من العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر كما اختاره المصنّف رحمه الله، لا وقع لهذا الاشكال، كما تبّهنا عليه في السابق قبل صفحة.

وحينئذ نقول في توضيح مرام المحقّق المذكور على نحو يسلم عمّا ذكره المصنّف من عدم المعقوليّة: إنّ غرضه من هذا الجواب أن البيع من جهة

أنه عبارة عن مطلق التعويض أمر كلي له فردان، أحدهما: ما قصده الغاصب من تمليك مال الغير على نحو يدخل الثمن في ملك الغاصب، والآخر: ما يكون التعويض على نحو يدخل الثمن في ملك المالك الأصلي.

وكل واحد من دخول الثمن في ملك الغاصب ودخوله في ملك المالك الأصلي خصوصية خارجة عن مفهوم البيع، مثل خصوصية كون العبد المبيع كاتباً مثلاً ونحوه من الخصوصيات والقيود التي لا تبطل البيع بتخلفه، فإذا قصد الغاصب التبديل بالعوض، وضم إليه خصوصية دخول الثمن في ملكه، فقد تحقق أصل البيع في ضمن هذا الفرد، وحينئذ لا مانع من أن يرده المالك هذه الخصوصية ويقيم مقامها خصوصية أخرى، فيحصل للبيع فرداً آخر.

وبعبارة أخرى: أن الإجازة مع كونها رضاً بأصل البيع الكلي تبدل خصوصية كونه للغاصب إلى خصوصية كونه للمجيز، وهذا بمكان من الإمكان في الأمور الاعتبارية، وما حكاه من كلامه ﷺ ظاهر فيما ذكرناه من تبديل إحدى الخصوصيتين بالأخرى من دون ورود خلل على أصل البيع، لا فيما ذكره المصنف ﷺ من قلب البيع الواقع إلى البيع الآخر جنساً وفصلاً؛ لأن الظاهر من كلامه المذكور أن الإجازة في صورة بيع الغاصب لنفسه ليست على نحوها في الفضولي المعهود من كونها رضاً بنفس العقد بجميع خصوصياته، حتى يرد الإشكال، وإنما هي مصححة للبيع ومخرجة له من الفساد إلى الصحة من جهة قلبها خصوصية قصد الغاصب كونه لنفسه - التي هي منشأ الفساد - إلى خصوصية كونه للمالك الملازم للصحة، بملاحظة أن الإجازة هنا عبارة عن الرضا بأصل القدر الجامع بين الصحيح وبين الباطل، أعني مطلق التبديل، وعن الرضا قصد المجيز كون البيع له لا للغاصب.

وبيان آخر: أن الإجازة من جهة انضمامها إلى قصد وقوع البيع الصادر من الغاصب للمجيز كما أنها رضا بأصل البيع، كذلك ردّ قصد كونه لنفسه

وإقامة كونه للمجيز مقامه، وحاصل هذا النحو من الإجازة اللاحقة لهذا النحو من البيع - كما صرح به في موضع آخر - تبديل خصوصية كونه للغاصب الناشئ منها الفساد إلى خصوصية كونه للمجيز المترتب عليها الصحة، فيكون البيع الصادر من الغاصب بواسطة تلك الإجازة عقداً جديداً لتجدد خصوصيته إلى خصوصية أخرى يصح معها المعاملة.

وبالجملة: الغاصب قد أوجد ببيعه أصل البيع في ضمن خصوصيته بطور تعدد المطلوب ورضى المشتري به، كذلك فإذا أجازاه المالك لنفسه فقد جدّد العقد بتجديد قيده الذي هو أحد المطلوبين، وقلبه إلى قيد آخر وراء ما رضي به المشتري، وإن كان عين ما رضي به بلحاظ ذات المقيّد الذي هو المطلوب الآخر فيكون الانقلاب حينئذٍ بالنسبة إلى المشتري من تخلف الشرط الذي لا يوجب تخلفه الخيار فضلاً عن البطلان؛ لأنّ من ينتقل إليه العوض والمعوّض لا يتعلّق الغرض بخصوصيته وأنه زيد أو عمرو، نعم قد يتعلّق به الغرض إلاّ أنّه لا اعتبار بتخلفه؛ إذ المدار في إيجاب تخلف غير الأركان للخيار كونه ممّا يختلف الرغبات نوعاً باختلافه، وخصوصية من ينتقل إليه العوضان ليست كذلك وليست مشروطة في العقد كي يثبت الخيار بتخلفها، ولأجل ما ذكرنا من كون المجاز عين المنشأ من حيث المطلوب الآخر - أعني: ذات البيع الذي رضى به المشتري بلا اختلال فيه حتى من جهة الرضا به من المشتري وإن اختلف مطلوبه الآخر، أعني: قيد كون البيع للغاصب - لا يحتاج إلى رضاه ثانياً حتى يلتزم بقيام الإجازة مقامه.

فتبين أنّ المحقق القمي رحمه الله إنّما اعترف بتأثير قصد البائع لنفسه في مغايرة العقد الواقع للمجاز، وبكون المجاز معاوضة جديدة من طرفي المجيز والمشتري من حيث الخصوصية، لا من أصله الذي رضي به المشتري، بل هو على حاله، وبهذا اللحاظ التزم بعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً.

والحاصل: أنه يقول: إنَّ الغاصب إنَّما أوجب تمليك مال الغير بنحو خاصّ لكن بطور تعدّد المطلوب، وكذلك المشتري إنَّما رضي به كذلك والإجازة إنَّما تبدّل وتقلّب أحد المطلوبين مع بقاء الآخر على حاله إيجاباً وقبولاً، فمن أين ينتج هذا الكلام بعد هذا البيان الالتزام بقيام الإجازة مقام القبول أيضاً حتى يردّ بأنّه خلاف الإجماع كما هو واضح، وبكونه خلاف العقل بملاحظة أنّ أمر رضا المشتري ليس بيد المجيز حتى يعقل حصوله بإجازته؟ فتحصّل: أنّ المحقّق رحمته الله يسلمّ المغايرة بين الواقع والمجاز من حيث الخصوصية، ويقول: إنَّ المنافي للصحة هو المغايرة التامة لا المغايرة الناقصة. هذا، ولكن يرد عليه رحمته الله: أنّ الإجازة مثل القبول هو الرضا بالموجود الخارجي بتمام الخصوصية، ولا يصحّ تعلّقها بالجزء التحليلي منه، ولا إشكال أن أصل البيع في بيع الغاصب لنفسه ليس له وجود مستقلّ إلّا في طرف التحليل.

فالأولى في الجواب: منع المبنى من كون البيع صرف التعويض، ودعوى أنّ البيع هو المبادلة من الطرفين؛ إذ عليه لا مغايرة بين المجاز والمنشأ على ما أوضحه المصنّف رحمته الله من أنّ الغاصب بعد بنائه على المالكية قاصد لحقيقة البيع وهو مبادلة مال بمال.

وأما كون الثمن ملكاً لشخص فهو خارج عن حقيقة المبادلة، فيرجع فيه إلى مقتضى مفهوم المبادلة... إلى آخر ما في المتن.

وهذا هو الذي أجاب به المحقّق - ثانياً - بعدما أجاب بما نقله المصنّف عنه رحمته الله أولاً، حيث قال بعد الجواب الأوّل: على أنّنا نقول: يمكن دعوى الاتحاد أيضاً، وأنّ الإجازة إنَّما وقعت على ما أوجبه الغاصب، فإنّ الغاصب إنَّما قصد الإيجاب في حال اعتقاده بكون الملك له وأنّ ينقله إلى المشتري لنفسه لا بشرط ذلك، فحيثيّة الاعتقاد تعليليّة لا تقييديّة، فكأنّه قال: فقلت هذا

المملك إلى المشتري مطلقاً، وكان هذا القول منه في حال ذاك الاعتقاد، فلا يصير قصد النقل إلى نقله فصلاً له بحيث لا ينفك عنه. انتهى موضع الحاجة.

٦-٥/١٢٩ قوله: وأما القول بكون الإجازة.

أقول: هذا إيراد على ظاهر قوله: كما هو أحد الأقوال في الإجازة من كونها عقداً مستأنفاً جديداً إيجاباً وقبولاً.

٦/١٢٩ قوله: وإنما المحكي عن كاشف الرموز.

أقول: يعني أن المعهود من بعض العلماء كون الإجازة إيجاباً جديداً وكونها كذلك لا يجري فيما نحن فيه من بيع الغاصب؛ لأنه إذا قصد ... إلى آخر ما في المتن.

ويمكن دفعه بما عرفت في توضيح مراده بشيء من أن مراده من كون الإجازة عقداً جديداً هو تجدد العقد بلحاظ تجدد خصوصية من ينتقل إليه الثمن، لا تجدد إيجابه وقبوله معاً، ولا تجدد إيجابه فقط حتى يرد ما ذكره بشيء.

١٣/١٢٩ قوله: بين المحذورين المذكورين.

أقول: أحدهما ما ذكره بقوله: «فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً للصحة»، والآخر ما ذكره عدلاً لذلك بقوله: «وإن تعلقت بغير المقصود» إلى قوله: «فيكون المنشأ غير المجاز والمجاز غير المنشأ».

١٤/١٢٩ قوله: ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي.

أقول: يعني يشكل الجواب بما ذكر عن إشكال مغايرة المجاز للمنشأ فيما إذا فرضنا....

وحاصله: أن تملك المشتري للثمن بقوله: «تملكت»، ونحوه لما أخذ في مفهوم الإنشاء - مع دونه من لوازم البناء على ملكية الثمن عدواناً - لا يجري فيه ما أجيب به عن الإشكال في طرف البيع من خروج قصد تملك البائع الغاصب للثمن عن إيجاب البيع وكونه لازماً صرفاً للبناء على ملكية الثمن

المناقشة في
جواب المحقق
القمي
٣: ٣٧٩ - ٣٨٠

جواب المؤلف
عن الوجه
الرابع
٣: ٣٨٠ - ٣٨١

الإشكال على
هذا الجواب
٣: ٣٨١ - ٣٨٢

الذي معه يتأتى قصد حقيقة المعاوضة، ووجهه واضح.
وأما إشكال اختلال المعاوضة فلايتفاوت الأمر فيه إشكالاً وجواباً في
طرفي البائع والمشتري، كما لا يخفى.

١٧/١٢٩

قوله: كإيقاع المتكلم الأصلي.

أقول: يعني في الأخذ في الإنشاء، بمعنى: أن إيقاع التملك على
المخاطب الفضولي كما أنه أخذ في إنشاء الإيجاب لأجل اشتمال الصيغة على
كاف الخطاب، كذلك نسبة التملك إلى الفضولي قد أخذت في إنشاء القبول
لأجل اشتمال الصيغة على التملك وتاء التكلم، بخلاف «قبلت»؛ لأن تملك
الفضولي للثمن لم يؤخذ في نفس الإنشاء وإنما هو من لوازم قبول إيقاع
التمليك على القابل الفضولي.

١٨/١٢٩

قوله: حيث قال: «لو باع الفضولي».

أقول: ذكر ذلك في أوائل البيع في فروع اشتراط كون البائع مالكا، قال:
الثامن: لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أن
الآخر قصد تملك العاقد، أمّا مع العلم فالأقوى ما قدّمناه وفي الغاصب مع علم
المشتري أشكل؛ إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا. انتهى.

١٩/١٢٩

قوله: ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد.

أقول: لا فرق بين هذا وبين مورد الإشكال من صورة الجهل بكون البائع
فضولياً؛ لأن ما ذكره هناك جار فيه أيضاً، لأن المشتري حين الجهل بفضوليّة
البائع يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه مالكا حقيقياً ومالكا جعلياً
ادعائياً وهو عنوان المالك الواقعي الشامل لما يكون انطباقه عليه حقيقياً وما
يكون انطباقه عليه ادعائياً.

وأما ما ذكره بقوله: «أمّا الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه
ذلك الاعتبار»، ففيه: أنه نعم وإن كان لا يمكن فيه اعتبار كونه نائباً، إلا أنه يمكن

فيه اعتبار كونه مالكاً إدعائياً جعلياً أي كونه واقعياً قد طُبّق على نفسه بالإدعاء والتزليل، وهو مثل اعتبار كونه نائباً كاف في جواز اسناد الملك إليه.

وقد صرّح بذلك فيما تقدّم في مسألة اعتبار تعيين الموجب لخصوص المشتري والقابل لخصوص البائع حيث قال: إنّه يحتمل اعتباره إلّا فيما علم عدم إرادة خصوص المخاطب لكلّ من المتخاطبين، كما في غالب البيوع والإجارات، فحينئذٍ يراد من ضمير المخاطب في قوله: «ملّكتك كذا» أو منفعة كذا - بكذا» هو المخاطب بالاعتبار الأعمّ من كونه مالكاً حقيقياً أو جعلياً كالمشتري الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. انتهى.

حيث إنّه صريح في أنّه عنوان عامّ يعمّ الغاصب أيضاً.

هذا، مضافاً إلى أنّ مسألة قصد المخاطب بالعنوان العامّ أجنبيّ عن مورد الإشكال ومورد النقض بالمرّة؛ لأنّ جهة الإشكال إنّما هي في طرف المشتري من غير المالك الحقيقي، سواء كان البائع فضولياً أو نائباً عنه؛ حيث إنّ قصد تمليك الثمن لشخص البائع الغير المالك للمثمن ولا يمكن جعله ملكاً لمالك المثمن بالإجازة؛ لأنّ المجاز غير المنشأ والمنشأ غير المجاز، فلا بدّ من الالتزام بأنّها عقد مستأنف.

ومن المعلوم أنّه ليس في كلام المشتري وإنشاء قبوله - بالقياس إلى تمليك الثمن للبائع غير المالك - ما يشتمل على صيغة الخطاب على البائع؛ حتى يقع الكلام في أنّ المقصود منه المخاطب بعنوانه العامّ لكذا وكذا، حيث إنّ عبارة القبول ليس أزيد من قوله: «قبلت بيعك منّي هذا بهذا» و«تملّكت منك هذا بهذا» وأمثال ذلك ممّا هو خالٍ عن المخاطبة للبائع بتمليك الثمن، فليس في مورد الإشكال والنقض إلّا قصد القابل تمليك الثمن للبائع بنفسه مجرداً عن التلفّظ به في الإنشاء، فهو مثل قصد البائع لتملّك الثمن في عدم أخذه في الإنشاء.

وبهذا البيان تظهر الخدشة في قوله: «وبهذا استشكل العلامة رحمته في التذكرة حيث قال...»، بأنه غير مربوط بمحل الكلام فعلاً، وهو ما إذا كان الإنشاء متضمناً لتملك الغاصب.

هذا كله، مضافاً إلى ما تقدم منه رحمته في تلك العبارة المشار إليها أن هذا الإشكال من العلامة رحمته مخالف للإجماع والسيرة.

قوله: لهذا الإشكال في بعض كلماته. ٢١/١٢٩

جواب صاحب المقابس عن الإشكال ٣: ٣٨٢

أقول: يعني بالإشكال ما ذكره بقوله: «ويشكل فيما إذا فرضنا».

قوله: مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة. ٢٢/١٢٩

أقول: ليس في النصوص المتقدمة تعرّض لشراء الفضولي لنفسه بمال الغير، فضلاً عن التعرّض لصحته للمالك إذا أجاز.

قوله: وفيه: أن حقيقة العقد. ٢٣/١٢٩

المناقشة في جواب صاحب المقابس ٣: ٣٨٢

أقول: يعني أن حقيقة العقد بحسب الوجود الخارجي في قول «تملكت» ليس مركباً من إنشاء المبادلة وإنشاء ملكية المشتري للثمن حتى يصح إجازة الأول منهما، ويكون المثلن للمجيز بطبع المبادلة وإنما هو أمر واحد وهو إنشاء تملكه للمبيع، وإجازته لا تنتج تملك المجيز له.

قوله: فالأنسب في التفصي أن يقال. ٢٤/١٢٩

جواب المؤلف عن الإشكال ٣: ٣٨٣

أقول: حاصل ما ذكره أنه لا بدّ في تصحيح المعاوضة من التزام البناء على ملكية الثمن كي نستريح من إشكال عدم تحقّق مفهوم البيع، وبعد البناء عليها يرجع معنى «تملكت» إلى تملكت وصرت مالكةً لذلك المبيع بما أنا مالك للثمن ومن حيث إنني مالكة، فالمشتري نسب تملك الثمن إلى نفسه من جهة أنه مالك الثمن في بنائه، والثابت لشيء من حيثية تقييدية إنما يثبت لنفس الحيثية أولاً وبالذات، فالمسند إليه التملك عنوان المالك حقيقة وهو المجيز. وفيه - كما ذكره سيّدنا الأستاذ - أولاً: إن جهة المالكية تعليلية لا تقييدية؛

ضرورة أن الغاصب إنما أراد بقوله: «تملّكت» خصوص نفسه لا المالك الواقعي وأنه ليس إلا الغاصب، والثابت لشيء من الجهة التعليقية ثابت لنفس ذلك الشيء.

وثانياً: منع اقتضاء تلك على فرض أنها تقييدية وأن الحكم وارد عليها وقوع العقد للمجيز بالإجازة؛ إذ لا بد في ذلك من قابلية المحل له وهي مفقودة؛ إذ الغاصب بعد البناء على مالكه لا يقصد تملك مطلق المالك أي شخص كان، بل يقصد تملك المالك الخاص عدواناً وهو نفسه.

فالأولى في التفصي أن يقال: إن أخذ نسبة التملك للثمن إلى الفضولي بما هو هو في مفهوم الإنشاء يشكل في صحة البيع للمجيز بلزوم كون المجاز غير المنشأ؛ بناء على كون البيع عبارة عن نفس التمليك والتملك؛ إذ بناءً على هذا ليس في مسألة شراء الغاصب لنفسه بالعبارة التي ذكرها المصنّف في تقرير الإشكال وراء التملك المنسوب إليه أمر آخر تعلّق الإنشاء به ولو بالتوسيط حتّى تلحقه الإجازة، ويصحّ البيع للمجيز من دون حصول المغايرة بين المجاز والمنشأ.

وأما على ما هو التحقيق - من كونه عبارة عن أمر يترتب عليه التمليك والتملك في بعض الأحيان، كالمبادلة ونحوها، قد أنشأ في العبارة المزبورة بصيغة «تملّكت» بطور الكناية وذكر الأثر ولو في نظر الغاصب وإرادة ذيه - فلا مجال للإشكال؛ إذ عليه يصحّ تعلّق الإجازة بأصل المزوم، أعني: البيع المنشأ بالكناية من دون تعلّقها بلازمه، وقد مرّ أن طبع البيع دخول الثمن في ملك من خرج عن ملكه المثلث وهو المجيز، فيدخل المثلث في ملكه.

هذا، وفي نفسي اضطراب من بطلان ما أجاب به المصنّف عن الإشكال؛ إذ يمكن تصحيحه وشرح مرامه على نحو يسلم عن الإيرادين، فتأمل في كيفيته.

جواب كاشف
الغطاء عن
الوجه الرابع
٣ : ٣٨٤

قوله: مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة. ٣١/١٢٩
أقول: لم أفهم وجه ارتباط ذلك بما قبله، ويمكن أن يقال: بأنه إشارة إلى
جواب آخر عن إشكال المغايرة بين المجاز والمنشأ على تقدير اختيار الأولى
من الشرطيتين المذكورتين في تقريب الإشكال، كما أن الأجوبة السابقة
جواب عنه على تقدير اختيار الثانية منهما، يعني: أن هذا الذي تقدّم في مقام
الجواب عن الإشكال المذكور مضافاً إلى أنه يلزم لو كان معنى الصحة صيرورة
الثمن لمالك المثل، وأما لو كان معناها: كونه لمن قصد كونه له - كما التزم في
شرح القواعد - فلا يرد الإشكال.

فهذه العبارة راجعة إلى أول الكلام ومربوطة بقوله: «وقد أجاب المحقق
القمي رحمه الله» فكأن المصنّف قال: وقد أجيب عن هذا الإشكال تارة باختيار أن
معنى صحة العقد كون الثمن لمالك المثل، وهو ما أجاب به المحقق القمي؛
وأخرى بمنع ذلك، وهو ما التزم به شارح القواعد، فلو قال بدل هذه العبارة:
وقد أجيب عن إشكال المغايرة بالتزام صحة... إلى آخره لكان أولى، فتدبر
جيداً.

توجيه الجواب
بوجهين ٣ : ٣٨٤

قوله: أحدهما أن قضية بيع مال الغير عن نفسه. ٣٢/١٢٩
أقول: يعني من القضية: القضية الإنسية، أعني: استكشاف العلة من
المعلول.

والمراد من اقتضاء بيع مال الغير عن نفسه - بمعنى كون الثمن للبائع
لا المالك لجعل مال الغير لنفسه ضمناً -: اقتضائه له بلحاظ عدم كون الثمن
لشخص إلا بعد كون المثل له، فضمنية الجعل المذكور للمعاملة ليست بلحاظ
كونه جزءاً لمدلول العقد كما في باب الدلالات؛ لأنه بالقياس إليه ملزوم
لمدلول البيع، لا جزء له، بل كانت بلحاظ القصد، فإن المقصود لبائع مال الغير
عن نفسه على نحو يكون الثمن له، بضميمة أنه لا يكون له إلا بكون المثل له،

مركب من قصد الملزوم أعني جعل المثلن له، ومن قصد اللازم أعني بيعه عن نفسه، يعني: أن ما يقتضيه بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه اقتضاء المعلول لعلته واللازم لملزومه، جعل البائع ذاك المال المبيع وجعل المشتري ذلك المال الثمن لنفسه في قصده في ضمن قصده للمركب منه ومن المعاملة لنفسه، حتى إنه - على فرض صحة ذلك البيع والشراء وتأثيره في المقصود من دخول عوض مال الغير في ملك العاقد - يحكم بدخول مال الغير في ملكه قبل انتقاله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه تحفظاً عن عدم إمكان دخول الثمن في ملك شخص إلا بعد كون المثلن له.

٣٤/١٢٩ قوله: فهو تمليك ضمنّي... إلى آخره.

أقول: الضمير راجع إلى الجعل وضمير «بيعه» راجع إلى ذلك المال المراد منه مال الغير، يعني: فالجعل المذكور تمليك ضمنّي لمال الغير لنفسه وتملك له يحصل ويوجد ببيع ذاك المال وشرائه.

٤-٣/١٣٠ قوله: أمّا الأول فلأنّ صحّة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة.

أقول: نعم لو كان متعلّق الإذن ما ذكر مجرداً عن الإذن في جعله لنفسه، وأمّا إذا أذن في بيعه على نحوٍ يصحّ معه كون الثمن له فلا مانع منه؛ لأنّه إذن في أمر معقول، وأمّا المقتضي فيكفي عموم حديث السلطنة، إلا أن يقال بعدم كفاية الكناية في صحّة الإذن، وهو كما ترى، فتأمّل.

٩-٨/١٣٠ قوله: إلا أن من المعلوم عدم الدليل... إلى قوله: فكيف إجازته.

أقول: ما من المعلوم عدم الدليل على تأثيره في التملك أو الدليل على عدمه إنّما هو: الإذن في تملك مال الآذن أو إجازته فيما إذا كان البناء على التملك بالإذن أو الإجازة مجرداً عن صدور لفظ من الباني دالّ على بنائه عليه ولو بالدلالة الالتزامية، وأمّا إذا كان مقروناً به كما فيما نحن فيه؛ إذ المفروض

أنّه صدر منه البيع أو الشراء لنفسه، وكلّ منهما يدلّ - ولو بالدلالة الالتزاميّة - على بناءه على تملّك مال الغير، ففي دعوى العلم بعدم الدليل على التأثير منع فضلاً عن دعوى العلم بالدليل على عدم التأثير، بل ينبغي بناء المسألة على كفاية الكناية وإنشاء المقصود بما يدلّ عليه بالالتزام فيؤثّر، وعدم كفايتها فلا يؤثّر، وقد مرّ أنّ الأقوى هو الأوّل، ولو تنزّلنا وقلنا بالثاني فإنّما نقول به في التملّيكات الغير الضمنية لا في الضمنيّة كما صرّح به في التذكرة، قال الله - بعد تعداد الشروط المعتمدة في صيغة البيع - ما لفظه:

فروع: الأوّل: إنّ ما يفتقر إلى الإيجاب والقبول فيما ليس الضمنيّ من البيوع، أمّا الضمنيّ كـ «اعتق عبدك عنيّ بكذا» فيكفي فيه الالتماس، والجواب. انتهى موضع الحاجة من كلامه ﷺ.

قوله: وأمّا الثاني فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع. ١٠ - ٩/١٣٠

أقول: قد علّق على المقام بعض الأفاضل ممّن قارب عصرنا وقال:

مقتضى التأمّل في موارد البيع إمكان خروج الشيء عن ملك مالكه بعوضه من غير اعتبار قيامه مقام العوض المذكور، كشراء العبد من سهم الرّقاب، وشراء العبد المملوك إذا لم يكن للميت وارث سواه ليحوز الإرث، فإنّ الظاهر في مثل ذلك حصول العوضيّة والبديّة في طرف البائع خاصّة، فيملك الثمن المدفوع إليه بدلاً عن العبد، بل يمكن عكس مسألتي العبد في بعض صور بيع الوقف، فإنّه يقوم مقام الثمن عند المشتري في الملكيّة ولا يقوم ثمنه مقامه في الوقفيّة ولا في الملكيّة حتى لو قلنا بكون الوقف الخاصّ ملكاً للموقوف عليهم كما لعلّه المشهور؛ إذ الملكيّة القائمة بالوقف المنتزعة من انحصار فوائده في الموقوف عليه مغايرة للملكيّة القائمة بثمنه بعد بيعه، فإنّها سلطنة مطلقة على العين، بل مغايرة لها بحسب النسبة أيضاً، فإنّ الملكيّة القائمة بالوقف منسوبة إلى الموقوف عليهم بجميع طبقاتهم، والقائمة بثمنه

المناقشة في
الوجه الثاني
من الجواب
٣٨٧-٣٨٦:٣

منسوبة إلى خصوص الطبقة المتصدية لبيعه.

وعلى هذا التحرير والتقرير لا منافاة للوجه الثاني لحقيقة البيع؛ إذ يكفي فيها بناء عليه البدئية ولو في أحد الجانبين وهي حاصلة فيما لو قال: «بيعه لنفسك» فباع، أو «اشتر به لنفسك» فاشترى؛ لحصولها في الأول في جانب المشتري وفي الثاني في جانب البائع، فملك المأمور في المثالين ملكاً ابتدائي للثمن أو المثلث حصل بتسليط المشتري أو البائع وتخليته بينه وبين المأمور بمقتضى العقد بدلاً عما انتقل إليه من الثمن أو الثمن، فإذا صحّ البيع والشراء في المثالين بالإذن السابق اتّجهت صحته بالإجازة اللاحقة. انتهى.

لا بدّ من التأمل في ذلك.

١٣/١٣٠ قوله: ويملك المثلث المشتري.

أقول: «المشتري» بصيغة المفعول صفة المثلث لا بصيغة الفاعل فاعل يملك، يعني: أنّ ظاهر قولهم: فإذا اشترى به شيئاً يملكه، أي يملك الشيء المشتري بذلك الثمن وإن لم يملك الثمن إمكان أن لا يملك المشتري المثلث الذي يدفعه بإزاء المثلث، ومع ذلك يملك المثلث الذي اشتراه بذلك الثمن، وهو منافٍ لما ذكره من عدم معقولية شراء الإنسان لنفسه بمال غيره، ومن هنا ظهر أنّ قوله قبل ذلك: «نعم سيأتي...» استدراك من قوله: «وأما الثاني فلما عرفت من منافاة...».

١٣/١٣٠-١٤ قوله: تملك البائع الغاصب للمثلث.

أقول: الجارّ متعلّق بالتملّك، والمراد من الغاصب غاصب المثلث.

١٥/١٣٠-١٦ قوله: ثم إنّ ممّا ذكرنا ... إلى قوله: يظهر اندفاع إشكال آخر.

أقول: يعني ممّا ذكرنا في التفصّي عن الإشكال المذكور في البيع لنفسه من أنّ نسبة الملك... إلى آخره.

ثم إنّ قضية قوله: «المحكّي عن الأصحاب فليس للمشتري الرجوع

على البائع بالثمن» أنّ المشتري في مفروض الإشكال قد دفع الثمن إلى البائع الغاصب وسلّطه عليه، ولا يخفى عليك أنّ قضيتة قوله - في بيان مبنى الإشكال - : «أقول: هذا الاشكال...» أنّ المراد من الإشكال الآخر هنا إشكال يتوقّف وروده على مقدّمات:

الأولى: تسليم عدم جواز استرداد الثمن من الغاصب بعد ردّ المالك للمعاملة.

والثانية: تسليم أنّ الوجه فيه كون التسليط موجباً لتملّك المسلّط للمسلّط عليه لا كونه عقوبة على المالك؛ حيث إنّه عاوض ماله بمحرّم كي يكون الغاصب مخاطباً بالردّ فإن رده أخذه المالك، وإلاّ فليس له مطالبتة به، مثل المحلوف عليه كذباً على ما يظهر من المحكي عن الشيخ جواد في المشكاة الغروية في شرح الروضة البهيّة.

والثالثة: كون إيجاب التسليط للتملّك مطلقاً غير مقيد بخصوص تقدير الردّ.

والرابعة: كون الإجازة ناقلة لا كاشفة، فمن دخالة القول بالتّقل في توجّه الإشكال يعلم أنّ المراد من الإشكال هنا لزوم البيع بلا ثمن ينتقل إلى مالك المثلث على تقدير الإجازة الذي ذكره بقوله: «وحيث إنّ إذا أجاز المالك» لا إشكال لزوم عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة؛ لأنّه مضافاً إلى أنّه ليس إشكالاً آخر غير الإشكال السابق لا يتوقّف وروده على النقل كما هو ظاهر؛ بخلافه لو كان الإشكال لزوم كون البيع بلا ثمن، فإنّ وروده موقوف على النقل؛ لأنّه موقوف على كون الثمن للبائع الغاصب بالتسليط عليه، وهو موقوف على كون تسليطه عليه تسليطاً له على مال المشتري حين التسليط، وهو موقوف على النقل؛ إذ على الكشف يكون التسليط تسليطاً له على مال مالك المثلث، فلا يكون ملكاً له، فلا يكون البيع بلا ثمن على تقدير الإجازة.

فحينئذ يكون قوله: «وهو أن المشتري» إلى قوله: «وحينئذ إذا أجاز» مقدمة لتسجيل الإشكال المذكور، ويكون المراد من عدم تحقق المعاوضة الحقيقية عدمه بقاءً لا حدوثاً، يعني: أن الحكم بعدم الرجوع كاشف إنَّاً بوسائط عن عدم بقاء المعاوضة الحقيقية على حالها؛ حيث إنَّه كاشف عن اختصاص الغاصب بالثمن وكونه له، وهو كاشف عن أن الدفع والتسليط سبب الاختصاص والملك، وهو كاشف عن انقلاب المعاوضة الحقيقية إلى ضدها وعدم بقائها على ما حدثت.

وإذا عرفت المراد من الإشكال الآخر فنقول: يرد على المصنّف أنه يندفع بمنع إحدى هذه المقدمات الأربعة، لا بما ذكره رحمته من كون طرف المعاملة في لبّ الواقع هو المالك لا الغاصب؛ فإنه غير مربوط به إلا أن يقال: إنَّ عمدة نظره رحمته في الجواب عنه - بعد تسليم المقدمات المذكورة - إلى أن التسليط على شيء يوجب تملك من انطبق عليه عنوان المتسلّط لا تملك من لا مساس له بهذا العنوان أصلاً، والمنطبق عليه هذا هو المالك الواقعي لا شخص الغاصب، ومن الواضح أن الوجه في ذلك ما ذكره المصنّف من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنّما هي إلى مالك المعوّض.

وبعبارة أخرى: مراده أن توجه الإشكال - مضافاً إلى الأمور الأربعة - يتوقّف على أمر آخر هو صغرى للمقدمة الثانية، وهو كون الغاصب بما هو هو مسلّطاً على الثمن، وهو منتفٍ، وإنّما المسلّط عليه الغاصب بعنوان أنه مالك للمثمن قد سلّطه المشتري على الثمن. وقد مرّ أن الثابت للشيء من حيثيّة تقييدية ثابت لتلك الحيثيّة، فيكون المسلّط الحقيقي هو المالك وإنّما نسب التسليط إلى الغاصب من جهة بناء الطرفين على مالكيّته للمثمن.

هذا غاية توجيه اندفاع هذا الإشكال بما ذكره رحمته، ولكن يرده: أنه بناء عليه لا بدّ من الالتزام بجواز استرداد الثمن من الغاصب بعد الردّ، نظراً إلى عدم

حصول ملك الغاصب؛ لعدم تحقق موجهه وهو تسليطه عليه بما هو كما هو المفروض، ومرجعه إلى عدم تسليم المقدّمة الأولى.

وبالجملة: إن كان مراده من الإشكال هنا إشكال لزوم كون البيع بلا ثمن، فلا يندفع بما ذكره المصنّف، بل لا بدّ في دفعه من منع بعض المقدّمات، أو من أنّ القول بالصحة إنّما هو فيما إذا كان هناك بقاء محلّ للإجازة؛ وحيث إنّ الثمن قد أتلفه المشتري بدفعه إلى الغاصب كما إذا وهبه له قبل الإجازة على النقل كما هو الفرض، فقد فات محلّ الإجازة.

وإن كان مراده منه إشكال عدم قصد المعاوضة من أوّل الأمر، ففيه: أنّه وإن كان يندفع بما ذكره المصنّف إلاّ أنّه يشكل:

أولاً: بأنّه ليس إشكالاً آخر وإنّما هو عين الإشكال السابق.

وثانياً: بأنّه لا فرق في وروده بين النقل والكشف، فلا وجه لتخصيصه بالأوّل في صريح عبارته الآتية.

قوله: مختصّ بصورة علم المشتري. ١٦/١٣٠

أقول: مع دفعه الثمن إلى البائع الغاصب.

قوله: وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقيّة. ١٧/١٣٠

أقول: قد مرّ بيان المراد من هذه العبارة.

قوله: لسبق اختصاص الغاصب به. ١٨/١٣٠

أقول: يعني سبقه على اختصاص مالك الثمن به؛ نظراً إلى سبق سبب الأوّل وهو دفعه إليه وتسليطه عليه، على سبب الثاني وهو الإجازة.

قوله: ولعلّ هذا الوجه.

أقول: يعني ولعلّ حكم الأصحاب بعدم جواز الرجوع المستلزم لكون البيع بلا ثمن إذا أجاز هو الوجه... إلى آخره.

١٩/١٣٠ قوله: أقول: هذا الإشكال بناءً. هذا الإشكال

أقول: تقدّم سابقاً أنّ هذا مجرد تنبيه على مبنى الإشكال، وأنّ القول بالنقل دخیل فيه، لا أنّه بيان لدفع الإشكال كما لعلّه يتوهم. ٢٠/١٣٠

قوله: مع ردّ المالك وبقائه بعد تسليم أنّ الوجه.

أقول: أي بقاء الثمن عند الغاصب. وكلمة «بعد» على صحّة النسخة

ظرف «لتسليم» الأوّل والظاهر أنّها غلط، والصواب الواو بدلها.

٢١/١٣٠-٢٢ قوله: قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة.

أقول: «قبل» خبر «انّ»، و«بالإجازة» متعلّق بالانتقال.

٢٢/١٣٠ قوله: فلا يتوجّه إشكال أصلاً.

أقول: فيما إذا لم يكن عقد الفضولي بنفس إقباض الثمن وتسليطه عليه،

بل كان بالقول وإلاّ لتوجّه على الكشف أيضاً، فافهم.

٢٤/١٣٠ قوله: منتزعة من يد المشتري أو المالك.

أقول: الأوّل على تقدير الردّ والثاني على تقدير الإجازة.

٢٧/١٣٠ قوله: ومن هنا يعلم أنّ ما ذكره في الرياض.

أقول: يعني من جهة ذهاب المشهور في بيع الفضولي لنفسه إلى الصحّة

بعد الإجازة، بمعنى كون البيع للمالك يعلم أنّ ما ذكره في الرياض من بطلان بيع

الفضولي لنفسه، ونسبة نفي الخلاف فيه إلى التذكرة في غير محلّه؛ إذ مع ذهاب

المشهور إلى الصحّة كيف يصحّ نسبة نفي الخلاف في البطلان إلى العلامة، مع

أنّه أب الفقه من جميع الجهات؛ إلّا أن يريد ما ذكرناه من وقوعه للعائد

الفضولي إذا ملك وأجاز، لكنّه خلاف ظاهر كلامه.

٢٨/١٣٠ قوله: الأوّل لا فرق.

أقول: ولا فرق أيضاً في جريان الأقسام الثلاثة المتقدّمة حتّى البيع

جعل العوض

في ذمّة الغير

فبي بيع

الفضولي ٣: ٣٩٠

لنفسه، نعم لا يمكن هذا هنا على نحو الغضب^(١).

قوله: ومنه جعل العوض ثمناً.

أقول: يعني من الفضوليّ جعل العوض ثمناً كان أو مثمناً في ذمّة الغير بلا إذن منه بأن يشتري ثوباً بدرهم في ذمّة زيد، أو يبيع ثوباً في ذمّة زيد بدرهم.

٣٠/١٣٠

قوله: وإمّا بقصده العقد.

أقول: أي بقصد الفضولي العقد للغير.

٣١/١٣٠

قوله: في ملك غير من خرج عنه الآخر.

أقول: يعني بالغير هنا: من قصد العقد له.

قوله: على احتمال ضعيف.

أقول: يعني به الوجه الثاني من الوجهين اللذين تقدّم ذكرهما عن البعض في توجيه الالتزام بصحّة كون الإجازة موجبة لكون العقد للعقد الفضولي.

٣٢/١٣٠

قوله: إذ المال مردّد.

أقول: يعني مال الأصيل فإنّه مردّد بين أن يكون لمالكة الأصلي وبين أن يكون لمن وقع له العقد؛ لأنّه إمّا أن يؤثر العقد في النقل والانتقال كما في صورة الإجازة فيكون للثاني، وإمّا لا كما في صورة الردّ، فيكون للأوّل فلا معنى لتأثيره من حيث سببّيته لإخراجه عن ملك الأصيل دون إدخاله في ملك من له العقد، بل يبقى بالقياس إلى من يدخل في ملكه مردّداً بينه وبين الفضولي كما هو قضيّة القول بصحّة العقد المفروض للفضولي واقعاً على تقدير لحوق الردّ ممّن وقع له العقد؛ إذ لو صحّ وأمكن وقوعه للفضولي اللازم لاحتمال كونه طرف التردد لم يحتج إلى الإجازة ووقع له.

هذا، ويمكن الخدشة في التعليل بما ذكر؛ لأنّه إن أراد من التالي عدم الاحتياج إلى إجازة الفضولي في وقوعه، وأنّه يقع له بدون إجازته على تقدير

ما به يتشخص
ما في الذمّة
٣: ٣٩٠

(١) كذا في الأصل، ولعلّها: الغضب.

ردّ من قصد وقوع العقد له، ففيه: منع بطلانه، بل نقول به، ولم يدّع أحد احتياجه إليه.

وإن أُريد منه عدم الاحتياج إلى إجازة من قصد وقوع العقد له في وقوعه له كما قصد، ففيه: أنّه لا إشكال في بطلانه إلاّ أنّه لا يصحّ جعله تالياً لصحّة وقوعه للفضولي؛ ضرورة أنّه غير مربوط به، وأنّ الذي يرتبط هو به إنّما هو صحّة وقوعه لمن قصد له العقد، وعليه يكون الجزاء هو الاحتياج إلى الإجازة لا عدمه، فلا مانع من خروج مال الأصيل عن ملك مالكة وتردّه بين الفضولي وبين من قصد له العقد، لا بين المالك الأصلي وبين من قصد له العقد، فلا يكون مقتضى الردّ بقاء كلّ عوض حتّى مال الأصيل على ملك صاحبه لإمكان خروجه عن ملك الأصيل مع الردّ أيضاً، فلا يكون البطلان واقعاً مع الردّ مقتضى القاعدة، وليس في مفروض البحث - وهو صورة قصد العقد مجرداً عن إضافة الخدمة إلى ذاك الغير في الإنشاء - شيء يأبى عن وقوعه للفضولي بعد إلغاء قصد كونه للغير ورفع اليد عنه بالردّ، مع قابليّة الذمّة المطلقة المجردة عن الإضافة إلى شخص في الإنشاء للانطباق على ذمّته وذمّة من قصد له العقد، وعلى هذا ينزل عبارة التذكرة الآتية، فتأمّل.

٣٤/١٣٠ - قوله: إلاّ أنّ الطرف الآخر.

لو لم يصدق
الطرف الآخر
الفضولي في
قصده ٣: ٣٩١

أقول: يعني به البائع للفضولي أو المشتري منه؛ لأنّه الطرف للفضولي في العقد.

٣٥/١٣٠ قوله: على نفي العلم.

أقول: يعني نفي العلم بأنّ الفضولي قصد كون العقد لغيره، أي نفي العلم بفضوليّته.

قوله: حكم له على الفضولي.

أقول: يعني الحكم عليه بحسب الظاهر؛ إذ بعد كون قصد من وقع له العقد

معنياً عن إضافة الكلّي إلى ذمّة شخص وكونه قائماً مقامها، يكون العقد الواقع من الفضولي على الكلّي بقصد الغير، وكون العقد له بمنزلة العقد الواقع منه، مع التصريح منه بإضافة الكلّي إلى ذمّة ذاك الغير: في أنّه إن أجاز ذاك الغير يصحّ له واقعاً، وإن ردّ يبطل واقعاً بمقتضى القاعدة عندهم من كون الردّ حلاً للعقد، لا يمكن وقوعه للفضولي والحكم به عليه إلّا في مقام الظاهر فيما فرضه من تصديق الآخر له في ذلك القصد.

قوله: وقد يظهر من إطلاق بعض الكلمات. ١/١٣١

أقول: يأتي التعرّض لتقريبه عند نقل كلام التذكرة.

قوله: نفي الأوّل. ٤/١٣١

أقول: يعني به قوله: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمّتي، يعني بالثاني.

قوله: اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان؛ لأنّه في حكم شراء للغير بعين ماله.

لو جمع بين
نفسه وذمّة
الغير ٣: ٣٩٢

أقول: يعني في حكمه في عدم قصد المعاوضة الحقيقيّة الموجب للبطلان؛ لا ببناء قصدها على البناء على مالكيّة الغير للثمن، وهو منتفٍ نوعاً في الشراء للغير بعين مال العاقد المشتري أو بكلّي في ذمّته، وهذا بخلاف الشراء لنفسه بمال الغير عيناً كان أو في ذمّته؛ لأنّ الغالب فيه البناء الارتكازي على مالكيّة نفسه للثمن، وهذا هو الوجه في ما مرّ سابقاً في ذيل الجواب على الإشكال على صحّة الفضولي البائع لنفسه، من التفرقة بين بيع الغاصب لنفسه وبين شراء المالك بماله شيئاً للغير، بتحقيق قصد المعاوضة الحقيقيّة في الأوّل دون الثاني.

قوله: ويحتمل إلغاء أحد القيدتين. ٥- ٤/١٣١

أقول: يعني بهما قوله: «لفلان»، وقوله: «في ذمّتي».

قوله: وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير. ٥/١٣١

أقول: الأوّل على تقدير إغناء القيد الأوّل، والثاني على تقدير إغناء الثاني.
قوله: لكن بعد تصحيح المعاوضة.

أقول: يعني بعد فرض تحقّق قصد المعاوضة بابتناء المذكور، وإنّما اقتصر على البناء الناشئ من الاعتقاد؛ نظراً إلى ما أشرنا إليه من عدم إمكان الغصب في الكلّي الموجب لتحقّق البناء العدواني أيضاً.
قوله: ويحتمل الصحّة بإلغاء.
أقول: الصحّة لنفسه.

قوله: فالخلاف في البطلان.
أقول: يعني الخلاف المعهود في البيع في البطلان والوقف على الإجازة موجود في الشراء أيضاً، فإمّا يبطل وإمّا يصحّ للمالك مع الإجازة، إلّا أنّ أبا حنيفة خالف الكلّ وقال بأنّه يصحّ للمشتري الفضولي على كلّ حال من حالي الإجازة وعدمها.

ما أفاده العلامة
فيما لو اشترى
فضولياً في
الذمّة لغيره،
وردّ ذلك الغير
٣: ٣٩٢-٣٩٣

قوله: وإن كان في الذمّة لغيره.

أقول: يمكن أن يكون المراد من «الذمّة» ذمّة نفس المباشر، ويكون «لغيره» متعلّقاً بـ «اشترى» المستفاد من سوق الكلام، يعني: اشترى للغير وجعل العوض في ذمّة نفسه، وذلك بقرينة قوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته»؛ إذ الظاهر رجوع الضمير إلى المباشر لا الغير، وإلّا كان اللازم أن يقول: لأنّه تصرّف في ذمّة الغير لا في ماله، عكس العبارة المذكورة في المتن.

والظاهر من قول المصنّف رحمه الله في بيان وجه الإشكال على العلامة: «لأنّه إن جعل المال في ذمّته بالأصالة» أنّه فهم أيضاً أنّ المراد من هذه الفقرة ما ذكرناه، حيث إنّ قوله في ثاني شقّي وجه الإشكال: «وإن جعل المال في ذمّته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً» صريح في أنّ المراد من الذمّة: ذمّة المباشر الفضولي لا ذمّة الغير.

والمراد من إطلاق اللفظ: عدم تقييد صيغة الشراء بكونه للغير بأن يقول: اشتريت هذا بمن من حنطة، مجرداً عن تقييده بقوله: «في ذمتي لفلان» يعني من قصد كون الشراء له، ولعل الوجه في هذا التقييد أنه مع التلفظ به في متن العقد لا ينفذ على المباشر إن ردّ، حيث إنه حينئذ يكون من مشخصات الإنشاء، ومعه وقوعه للمباشر يوجب اختلال مفهوم المعاوضة وينافيه.

ويمكن أن يكون المراد من الذمة: ذمة الغير، فيكون «لغيره» حينئذ ظرفاً مستقراً صفة للذمة، كما هو الظاهر من المقابلة بينه وبين قوله: «فإن كان بعين مال الغير».

والمراد من إطلاق اللفظ: هو الاكتفاء بنية كون الشراء للغير في ذمة الغير بدون ذكره في متن العقد. والمراد من قوله: «لأنه تصرف في ذمته»: أنه تصرف في ذمة نفسه، أي المباشر لكن في مرحلة الظاهر لانصراف الإطلاق إليه. وفيه ما لا يخفى وإن كان يسلم عما أورده المصنف رحمه الله.

وبالجملة: هذه العبارة في غاية الاضطراب، ويمكن أن يقال: إن «لغيره» في العبارة متعلق «بالاشتراء»، والمراد من «الذمة»: هو المطلق، أي الذمة الغير المضافة إلى الغير حتى في القصد، أي الذمة التي لم يقصد العاقد كونها للغير، وإنما قصد صرف انتقال الثمن إليه بإزاء ثمن كلي في الذمة، وأطلق اللفظ ولم يقيده بكون الشراء للغير، يعني: لو اشترى شيئاً للغير فضولياً وبلا إذن منه في ذلك، وجعل الثمن في الذمة، وأطلق لفظ الإنشاء ولم يقيده بكون الشراء للغير، بل اكتفى في ذلك إلى صرف القصد بأن قال: اشتريت هذا بدرهم كلي قاصداً به الشراء للغير، فلم يخالف في صحته، ولم يقل بالبطلان فيه كما قيل به في الشراء له بعين ماله الخارجي، بل اتفقوا على صحته؛ إذ قال علماؤنا: إنه يقف على الإجازة فإن أجاز صحّ ولزم المجيز أداء الثمن، وإن ردّ صحّ عن المباشر. وبه قال الشافعي في القديم وأحمد.

وأما إنه يصح هنا اتفاقاً ولا يقول ببطلانه من يقول به في الشراء بعين ماله فلعدم خروجه عن العمومات؛ لأن الفضولي هنا تصرف في ذمة الغير في قصده لقصده كون الشراء له الموجب لكون الذمة له، ولم يتصرف في عين ماله الخارج عن تحت العمومات، إنما هو الفضولي المتصرف في عين مال الغير؛ وذلك لأن الدليل المخرج له عنها لا يعم المقام؛ لأن عمدة الدليل على خروج الفضولي عنها إنما هو قوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، وهو على تقدير دلالة على البطلان، لا يعم المقام؛ لا اختصاص المراد بالموصول بالأعيان الخارجية. وأما إنه وقف على الإجازة من الغير، فلأن الفضولي عقد الشراء له في قصده، فكونه له كما قصد يتوقف على إجازته ورضاه له؛ ضرورة تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم، فإن أجاز له أداء الثمن من ماله قضية للمعاوضة واقتضاء دخول المثل في ملكه خروج الثمن عن ملكه.

وأما إنه إن رده وقع الشراء للفضولي المباشر للشراء ولزمه أداء الثمن من ماله، فلا أنه لا مانع من وقوعه له إلا قصد كون الشراء له؛ إذ المفروض عدم تقييد الإنشاء بقيد يقتضي وقوعه له من قوله: «للغير»، أو إضافة الثمن الكلي إلى ذمته، والرد مزيل للقصد المذكور، وبزواله يخرج عن الفضولية.

وبالجملة: لا مانع من توجه خطاب الوفاء بهذا العقد إلى المباشر إلا قصد كونه للغير وهو يرتفع بالرد، فيتوجه الخطاب به إليه، ولا نعي من الصحة إلا هذا؛ وذلك لأن قصد كون الشراء لنفسه ليس شرطاً في توجه الخطاب، بل قصد الغير مانع والمفروض ارتفاعه بالرد ولو حكماً وتنزيلاً، ويجعل الإجماع الذي ادّعاه في العبارة دليلاً على هذا التنزيل.

وكيف كان، دخول الفرض المذكور في الفضولي بناءً على التفسير الأول إنما هو من جهة قصده العقد للغير بدون إذنه فيه.

أقول: يعني صحته عن المباشر عند الردّ.

١٠/١٣١

قوله: وظاهره الاتفاق على وقوع.

أقول: أمّا ظهوره في الاتفاق على أصل وقوع الشراء للمشتري مع الردّ، فلأنّ الظاهر أنّ قوله: «قال علماؤنا» راجع إلى الوقوف على الإجازة بكلا شقيّه حتّى الثاني، وهو النفوذ عن المباشر الفضولي مع الردّ، وأمّا ظهوره في الاتفاق على وقوعه له واقعاً لا ظاهراً، فلأنّ الظاهر من المقابلة بين الشّقين، فكما أنّه يصحّ وينفذ عن المجيز واقعاً على تقدير الإجازة، كذلك ينفذ عن المباشر أيضاً، كذلك على تقدير الردّ بقريضة المقابلة.

١٧/١٣١

قوله: ويمكن تنزيل العبارة.

أقول: يعني بها قوله: «وان ردّ نفذ عن المباشر».

قوله: لكنّه بعيد.

مقتضى
القواعد في هذه
الصورة
٣: ٣٩٣-٣٩٤

أقول: لمكان التعليل بقوله: «لأنّه تصرف في ذمّته»؛ إذ المناسب لذلك هو التعليل بقوله: «لأنّ العقد وقع له بمقتضى إطلاقه» لا به؛ لأنّه يناسب الوقوع الواقعي.

١٩/١٣١

قوله: حيث إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة.

أقول: لعلّ نظره في وجه الظهور إلى دعوى الغلبة.

٢١-٢٠/١٣١

قوله: إذ لا يحتاج إلى إقباض مال الغير.

أقول: فيكون الدليل أخصّ من المدعى.

٢٢/١٣١

قوله: وهو استقلال الإقباض... إلى آخره.

جريان
الفضولي في
المعاطاة بناءً
على الملك
٣: ٣٩٤-٣٩٥

دفع الإشكال
عن جريان
الفضولي في
المعاطاة بناءً
على الملك
٣: ٣٩٥

أقول: لا مجال لهذا الكلام بعد القول بدلالة النهي على عدم ترتّب الأثر المقصود؛ لأنّ المراد من الأثر المقصود ما لولا النهي لترتّب على النهي عنه، ومعلوم أنّ الأثر المقصود من الإقباض لولا النهي عنه جزئيّته للسبب المركّب منه ومن الرضا، لا كونه تمام السبب كما هو قضيّة أدلة اعتبار الطيب، ولا يخفى

أنَّ فرض فساده لأجل النهي ينافي كونه جزء السبب.

٢٣-٢٢/١٣١ قوله: وربما يستدلَّ على ذلك.

الاستدلال على
عدم الجريان
٣ : ٣٩٥

أقول: يعني على البطلان، والمستدلَّ صاحب المقابس بشيء.

٢٤/١٣١ قوله: ومشروطة أيضاً بالقبض والإقباض.

أقول: هذا عطف على «منوطة»، والظاهر أنَّ هذا دليل آخر في طول الدليل الأوَّل، فكأنَّ المستدلَّ استدلَّ على عدم جريان الفضوليَّة في المعاطاة: أولاً: بأنَّ حقيقة المعاطاة هو التراضي من المالكين وقصد الإباحة أو التمليك، ولا يعتبر فيها قبض وإقباض أصلاً، ولا ريب أنَّهما من وظائف المالك ولا يعقل صدورهما من الفضولي.

وثانياً: بأنَّا سلَّمنا مدخلية القبض والإقباض فيها وأنَّها مشروطة بهما، لكن لانسَلَم اعتبارهما على الإطلاق ولو بدون مقارنتهما للتراضي وقصد التمليك، بل نقول بدخلهما فيها مع قيد المقارنة للأمرين، فلا أثر لهما إلا إذا صدر من المالكين أو بإذنهما.

فحينئذٍ يعلم أنَّ ما أجاب عنه المصنِّف بقوله: «وفيه أنَّ اعتبار القبض... إلى آخره» جواب عن الدليل الثاني لعدم ارتباطه إلا به، وأمَّا الدليل الأوَّل، فقد قرَّره من حيث الكبرى، ومنعه من حيث الصغرى معاً بقوله: «نعم لو قلنا: إنَّ المعاطاة لا يعتبر فيها قبض ولو اتَّفَق معها» إلى قوله: «لم يعقل وقوعها من الفضولي»، أمَّا الأوَّل فواضح، وأمَّا الثاني - أعني: منع الصغرى - فمن جهة التعبير بكلمة «لو»، ولقوله: «لكن الإنصاف».

٢٧/١٣١ قوله: وحينئذٍ فلا مانع.

أقول: يعني وحين إذ كان اعتباره لأجل إنشاء التمليك، فإن كان مراد المستدلَّ من تقييد القبض والإقباض بمقارنة التراضي وقصد التمليك والإباحة أنَّ قصد الإنشاء من القبض لا يتأتَّى من الفضولي، وأنَّ تراضي المالكين معتبر

في تمشي قصده منه، ففيه: أنه لا مانع من قصد الفضولي التملك بإقباضه، كما لا مانع من قصده بقوله: «ملكك».

وإن كان مراده اعتبار المقارنة في تأثير الإنشاء لا في نفسه، ففيه: أن اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي... إلى آخر ما في المتن.

قوله: مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن. ٣٥-٣٤/١٣١
أقول: حاصل هذا الوجه لبطلان الفضولي هو اللغوية وعدم ترتب الأثر على إنشائه، أما على الكشف، فلأن حصول الإباحة الفعلية قبل الإجازة غير ممكن؛ لإنطاتها بطيب النفس في حديث الطيب والإذن في التوقيع.
وأما على النقل، فلأن الرضا المستكشف بالإجازة تمام المناط في حصولها ولا دخل للإنشاء السابق فيها أصلاً.

أما الآثار الآخر غير الإباحة التكليفية، مثل جواز البيع على القول بنفوذ هذا التصرف لو وقع من المباح له في ظرف تحقق الإباحة الفعلية، فلا ترتب ولا توجد فيما إذا وقعت قبل زمان تحقق الإباحة الفعلية، وهو ما قبل زمان الإجازة. هذا شرح العبارة.

وفيه: أن ما ذكره صحيح لو كان المراد من الإباحة الإباحة المالكية الناشئة من رضا المالك، وأما إذا كان المراد منها الإباحة الشرعية فيمكن الحكم بحصولها قبل الإجازة على الكشف مثل الملكية على القول بالملك، فإن هذا النحو من الإباحة من آثار العقد كما أن حصول الملكية للمباح له بعد التصرف أو تلف المقابل على هذا القول من آثار العقد، وقد نبّه على هذا شيخنا الأستاذ فيما علّقه على المقام، ولعل الأمر بالفهم في الذيل إشارة إلى ذلك.

الإشكال على جريان الفضولي في المعاطاة بناءً على الإباحة ٣ : ٣٩٧

[• القول في الإجازة والرد]

٣-٢/١٣٢ قوله ﷺ: أَمَّا حَكْمُهَا فَقَدْ اخْتَلَفَ الْقَائِلُونَ بِصَحَّةِ الْفُضُولِيِّ بَعْدَ اتِّفَاقِهِمْ عَلَى تَوَقُّفِهَا عَلَى الْإِجَازَةِ فِي كَوْنِهَا كَاشِفَةً.
هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟
٣ : ٣٩٩

أقول: لا يخفى عليك أنه - بعد البناء على ماهو التحقيق من كون الملكية ونحوها أمراً اعتبارياً صرفاً لا أمراً واقعياً قد كشف عنه الشرع، والبناء على بطلان الشرط المتأخر - يمكن تصوير الشرطية المتقدمة للإجازة على نحو تنتج نتيجة الشرطية المتأخرة لها، وهي الملكية من حين العقد السابقة على الإجازة بأن نقول:

إن اعتبار الملكية وجعلها، وإن كان يتوقف على الوجود الخارجي للإجازة لا على الوجود اللحظي الذهني لها، ولا على وصف التعقب لها فلا جعل، ولا اعتبار قبل وجودها في الخارج مطلقاً ولو علم بوجودها فيما بعد، إلا أن المجعول بعدها والحادث بها هو الملكية من زمان العقد السابق على زمان الإجازة، ولا مانع عقلاً من أن يحدث بعد الإجازة اعتبار الملكية الكذائية وترتيب آثارها القابلة للترتيب عليها وما لا سبيل إليه عقلاً؛ للزوم تقدّم المسبّب على السبب إنما هو تقدّم جعل الملكية السابقة، وتقدّم اعتبارها على الإجازة مع فرض توقفه عليها بحيث يكون الجعل مقدّماً على الإجازة، وهذا بخلاف ما قلناه وهو تأخر جعل الملكية من حين العقد المتوقف على الإجازة عن الإجازة بحيث يكون الجعل والاعتبار متأخراً عن الإجازة والمجعول مقدّماً عليها، فالمسبّب هنا وهو الجعل والاعتبار لم يتقدّم على سببه وهو الإجازة، وما تقدّم عليها - وهو المجعول، أعني: الملكية - ليس مسبباً عنها، وإنما هو مسبّب عن نفس العقد.

وبالجملة: لا نرى بحسب مرحلة الثبوت محذوراً عقلياً في أن يجعل بعد الإجازة ملكية سابقة عليها.

وأما مرحلة الإثبات فنقول: إن مفاد أدلة صحة العقود والبيع والصلح وغير ذلك - كما يتي الوفاء بالعقود وحلية البيع، وحديث جواز الصلح بين المسلمين - ليس إلا إمضاء المعاملة والحكم بتحقيق مضمونها كالملكية في البيع والزوجية في النكاح وجعله أمّا بنفسه بناء على جعلية الأحكام الوضعية كما هو الحق، أو بمناشي انتزاعها من التكاليف بناء على انتزاعيتها كما اختاره المصنّف رحمته، وأمّا كيفية جعل الشارع أي خصوصية مجعولة من حيث التقدم والتأخر والتقارن بالقياس إلى شيء فلا دلالة عليها بوجه من الوجوه، بل هي تابعة على جعل المتعاقدين.

وبعبارة أخرى: أن المستفاد من تلك الأدلة العامة أن المجعول شرعاً عين ما جعله المتعاقدان وقصداً تحققه بالإنشاء بحسب الخصوصية، بلا زيادة ولا نقصان في المجعول الشرعي بتلك الأدلة، فلا بدّ في تعيين كيفية الجعل الشرعي من ملاحظة كيفية جعل المتعاقدين بلا دخالة في هذا المقام لملاحظة الأدلة الشرعية الدالة على عدم حلية مال الغير بدون رضاه، وعدم حصول الحلية قبل القبض في الصرف والسلم، وينعكس الأمر في تعيين زمان الجعل الشرعي ووقت حدوثه، فإنه لا بدّ فيه من ملاحظة تلك الأدلة وملاحظة نسبتها مع العمومات المتقدمة بلا دخالة فيه لملاحظة جعل المتعاقدين.

وبالجملة: كلّ واحد من الجعلين متّحد مع الآخر من حيث المجعول، وأمّا بحسب الزمان فقد يتّحدان وقد يختلفان، فتارة يجعل المتعاقدان ويقصدان الملكية المتأخّرة عن العقد بلا فصل، وأخرى المتأخّرة عن الإيجاب فقط دون القبول، فيكون القبول رضا بحصول الملكية من زمن الإيجاب؛ وثالثة المتأخّرة عن العقد والقبض أو الإجازة أو الموت كما في الوصية.

وعلى كلّ تقدير، فإن انطبق الإمضاء الشرعي المدلول عليه بعموم الوفاء بالعقد وحلّ البيع على مجعول المتعاقدين في حين تحقق الجعل منهما بأن كان

جامعاً لشرائط الجعل الشرعي اتّحد الجعلان زماناً ومجوعاً، كما في الصورة الأخيرة، وإن لم ينطبق عليه إلّا بعد مقدار زمان من جعلهما لفقد ما اعتبر وجوده أو لوجود ما اعتبر عدمه فيه - كما في الصورة الثانية لتوقّف الإمضاء الشرعي على مجيء القبض والرّضا بحيث لولاه لا إمضاء هناك، كما هو قضية ملاحظة تلك العمومات مع أدلة اعتبار القبض ونحوهما ممّا هو دخیل في الإمضاء وتقيدها بها - فإنّ الظاهر اعتبار ذلك في حكم العمومات والجعل والإمضاء لا في موضوعاتها من العقد والبيع، فيتّحد الجعلان حينئذٍ مجعولاً لا زماناً.

بمعنى أنّ المجعول الشرعي عين مجعول المتعاقدين من الملكية المتأخّرة عن مجرّد العقد المتّصلة به إلّا أنّ الشارع لم يمضه في ذلك الزمان لعدم الصلاح، بل لوجود الفساد في إمضائه، كذلك فإذا حصل الرّضا والإجازة من المالك في زمان يحكم الشارع في ذلك الزمان بنفوذ ما جعله المتعاقدان، وهو الملكية من حين العقد لا من حين الإجازة، فليس في الأدلة الشرعيّة ما يمنع عن الالتزام بأنّه يحصل بعد الإجازة الملكية من حين العقد.

ثمّ إنّ الطريق الكاشف عن كیفیّة جعل المتعاقدين وزمان مجعولهما وخصوصيّة ما بنيا عليه، التي يتبعها كیفیّة الجعل الشرعي، أحد أمرين:

أحدهما: التصريح بمقصودهما في متن العقد بتمام قيوده وخصوصيّاته. والآخر: جعل ذاك المجعول الذي قصدا حصوله في الخارج مسبباً عن سبب خاصّ، فإنّ العقد بواسطة إطلاق اللفظ الدالّ على كیفیّة المجعول، وعدم تقييده بما يوجب تأخّر المنشأ عن الإنشاء بحسب الزّمان، مع ملاحظة استحالة انفكاك السبب عن المسبّب، يحكم بحصول الملك عقيب ما جعله سبباً لحصوله بلا فصل بينهما ومن تبعیّة جعل الشارع لجعل المتعاقدين وعدم دلالة أدلة الجعل والإمضاء على أزيد من الرّضا بما جعله المتعاقدان إمّا مطلقاً

أو مقيداً بزمان شيء خاصّ الرّاجع إلى اتّحادهما بحسب المجعول، يظهر فساد ما ذكره المصنّف في ذيل بيانه: أنّ المستفاد من الأدلّة ناقلية الإجازة من تحديد زمان المجعول الشرعي بزمان الإمضاء الدائر مدار انطباق الأدلّة العامّة وجوداً وعدمًا الموقوف على ملاحظتها مع الأدلّة الخاصّة المناهية لها من جهة اعتبار الرضا والطيب ونحوه كما هو واضح على من لاحظ كلامه ﷺ من البداية إلى النهاية.

ومنشأ الفساد توهمه أنّ المرجع في تعيين كيفة جعل الشارع ملاحظة النسبة بين الأدلّة العامّة والأدلّة الخاصّة، مع توهم أنّها موجبة لتضييق موضوع الأدلّة العامّة، وقد مرّ أنّها موجبة لاعتبار شيء في حكمها وهو الإمضاء والحكم بالنفوذ، وما تراه من ملاحظة الأدلّة الشرعيّة إنّما هو لأجل تعيين زمان الإمضاء لا زمان الممضى.

فإذا عرفت ما ذكرناه، نقول: قضية تقييد إطلاق أدلّة الإمضاء وتضييق دائرة الإمضاء الشرعي بأدلّة اعتبار الرضا في الحلّة وترتبها على العقد على النحو الذي قصده المتعاقدان، بمعنى عدم حدوث الحلّة إلّا بعده، إنّما هو توقّف الإمضاء الشرعي لما جعله المتعاقدان وعقدا عليه على مجيء الرضا. وبعبارة أخرى، نقول: إنّ لصيغة المضارع في قوله: «يحلّ» في حديث الطيب، إطلاقين:

إحدهما: للهية الدالّة على التجدّد والحدوث.

والآخر: للمادّة وهي الحلّ.

والظاهر أنّ «عن طيب نفسه» قيد راجع إلى الهية، وأمّا المادّة فهي على إطلاقها من حيث التقدّم على الطيب ومقابليه، فيرجع في هذه المرحلة إلى مقتضى جعل المتعاقدين وما بنوا على سببته للنقل والانتقال، فمقتضى أدلّة الإمضاء في مسألة الفضولي بحسب زمان حدوث الملكية وتحديد به حدّ

التقدّم على الإجازة والتأخّر عنها والتقارن لها هو الثالث بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل، وأمّا إنّ الحادث هو الملكيةّ المقارنة لها المعبرّ عنها بالنقل، أو الملكية السابقة عليها المعبرّ عنها بالكشف، فهو وإن كان لا يستفاد من الأدلّة العامّة المذكورة بمجرّدها قاعدة مطّردة في هذا الباب تكون مرجعاً في موارد الشكّ، لكن لما كان الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبّب الملك عن العقد المركّب من الإيجاب والقبول، أمكن أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة المستفادة من أدلّة الإمضاء بضميمة ملاحظة الغلبة المذكورة، هو الكشف، أي كون الحادث بعد الإجازة هو الملك من حين العقد.

وإذا انتهى الكلام إلى هنا فلا بأس بالإشارة إلى ما يتصوّر في الإجازة، فاعلم أنّها إمّا ناقلة جعلاً ومجعولاً وقد جعله المصنّف ﷺ مقتضى الأدلّة، وأمّا كاشفة كشفاً حقيقياً أو حكماً، بمعنى ترتّب آثار الكشف الحقيقي والملكية المتقدّمة على الإجازة بقدر الإمكان، وقد اختاره المصنّف بملاحظة الأدلّة الخاصّة الدالّة على الكشف، مع ملاحظة عدم تعقّل الكشف الحقيقي وملاحظة ظهور الأدلّة في شرطية نفس الرضا لا وصف التعقّب بها. وأمّا الكشف الحقيقي فهو على وجوه ثلاثة:

الأول: كشف الإجازة عن حكم الشارع حين العقد بوجود الملكية من حين وقوع العقد، بمعنى اتّحاد ظرف حكم الشارع مع ظرف المجعول، وهو حين العقد مع الالتزام بشرطية نفس الإجازة، وهذا الوجه من الكشف هو الذي نسبّه المصنّف إلى المشهور فيما يأتي من كلامه في وجوه الكشف، وهو مبنيّ على الشرط المتأخّر، ولأجله قال بعدم معقوليّته.

والثاني: هو الوجه المذكور بعينه، لكن مع الالتزام بشرطية وصف التعقّب، وسيأتي انتفاء الثمرة بين الوجهين.

والثالث: كشف الإجازة عن حكم الشارع بعدها بحصول الملك من حين

العقد كأنها وقعت حينه، وحاصله: أن زمان حكم الشارع بالملكيّة ما بعد الإجازة، وأمّا نفس الملكيّة المحكوم بها فزمانها حين وقوع العقد. وهذا الوجه نختاره بالنظر إلى الأدلّة كما مرّ بيانه، والذي يظهر من مواضع من كلمات المصنّف رحمه الله - كما نشير إليها - أن مراده من الكشف الحقيقي الغير المعقول هو هذا، فيتّجه عليه حينئذٍ بأنّه غير قابل لتوجيهه بإرجاع شرطية الإجازة إلى شرطية وصف التعقّب، وما يرتبط عليه التوجيه المذكور إنّما هو الأوّل من وجوه الكشف.

قوله: واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد بأنّ العقد سبب تامّ. ٤/١٣٢ أقول: هذا الاستدلال في غاية الجودة والمتانة ويوافق الوجه الثالث الذي نختاره. توضيحه: أن كون سبب الملك عند الشرع عين ماهو السبب عند العرف والمتعاقدين، أو غيره يعلم بإمضاء الشارع وعدم إمضائه، ليس لنا طريق إلى ذلك إلّا هذا.

الأكثر على
الكشف ٣: ٣٩٩

ومن الواضح أنّ الإمضاء وجوداً وعدمياً إنّما يعلم بملاحظة لسان الدليل الشرعي، ولا ريب أنّ ما تعلّق به الإمضاء في ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) هو العقد فقط، لا هو مع شيء آخر مثل الإجازة ونحوها، فيعلم من ذلك: أنّ السبب التامّ للملكيّة في الشرع مثل العرف هو العقد.

ولا ريب أيضاً أنّ إضافة الإمضاء إليه وانطباق دليله عليه إنّما يتحقّق ويعلم بعد الإجازة؛ نظراً إلى تقييد إطلاق الإمضاء المستفاد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) بأدلة الطيب؛ فإذا أجاز تبين الإمضاء وتوجّه وجوب الوفاء فيتبيّن كون العقد تمام السبب عند الشرع أيضاً.

وبعبارة أخرى: أن كون العقد بانفراده هو السبب التامّ شرعاً إنّما يتوقّف على توجّه خطاب «أوفوا»، وتوجّهه في الفضوليّ يتوقّف على الإجازة لأجل:

أنّ المراد من العقود - كما مرّ غير مرّة - هو العقود المضافة إلى الملاك، ومن المعلوم أنّ إضافة العقد الصادر من الفضولي من حين صدوره إلى المالك إنّما تحصل بالإجازة، ونتيجة ذلك: توقّف كون العقد بانفراده هو السبب التامّ عند الشارع على الإجازة، لا كون العقد جزء السبب والإجازة جزءه الآخر؛ لأنّه مبنيّ على اعتبار الطيب في موضوع أدلّة الصحّة وهو العقود، وكونه من قيوده، وقد مرّ منعه وأنّه من قيود الحكم والإمضاء.

فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ قوله: «العقد سبب تامّ» بمنزلة الصغرى لكبرى مطوية، وهي أنّ كلّ ما هو سبب تام للملك يترتب عليه الملك بمجرد وجوده بمقتضى العلّة والمعلوليّة، والمراد من تماميّة السبب: تماميّته عند الشارع كما يدلّ عليه التعليل بعموم الآية.

والمراد من التمام في قوله: «وتمامه في الفضولي» وكذا في قوله: «تبيّن كونه تامّاً» هو عموم الآية للفضولي واندراجه تحتها بطور ذكر المعلول وإرادة العلّة؛ لأنّ العموم علّة للتأميّة فكأنّه قال: غاية الأمر أنّ عمومه للفضولي الموجب للتأميّة عند الشرع إنّما يتحقّق ويعلم بالإجازة لتقييد الحكم بوجوب الوفاء بأدلة الطيب والرّضا، فإذا أجاز تبيّن عموم له، فإذا عمّ تبيّن كونه تامّاً، فإذا تمّ وجب ترتّب الملك عليه.

قوله: ولأنّ الإجازة متعلّقة بالعقد. ٦/١٣٢

الوجه الثاني
٣ : ٤٠٠

أقول: ليس هذا أمراً آخر وراء ما تقدّم عن جامع المقاصد، بل مآلها إلى أمر واحد من كون السبب التامّ هو العقد، وإنّما الإجازة تجعل العقد السابق سبباً، بمعنى أنّها توجب توجّه خطاب الإمضاء الكاشف عن سببيّته عند الشرع أيضاً.

قوله عليه السلام: لزم تأثير المعدوم في الموجود. ٧/١٣٢

ما استدلّ به
فخر المحقّقين
لأكثر ٣ : ٤٠٠

أقول: قد يقال: إنّ اللازم لا يتفاوت الحال فيه بين القول بالكشف والقول

بالنقل؛ بدهة أن كلاً من العقد والإجازة عدم في حال الآخر.
وفيه: أنه إنما يرد على الفخر لو كان للإجازة عنده دخل في تمامية
السبب بنحو الجزئية وهو غير معلوم؛ إذ من المحتمل قريباً أن يكون دخل
الإجازة في العقد لا بنحو الجزئية، بل بالنحو الذي أراده جامع المقاصد
بالتقريب السابق، وحينئذ لا يرد عليه ما تقدّم من التسوية في لزوم المحذور
المذكور؛ إذ الإجازة بناء عليه لا دخل لها في التأثير حتى يقال: إنها حال العقد
معدوم.

ثم لا يخفى: أن هذا الاستدلال يناسب كون الملكية من الأمور الواقعية؛
إذ على اعتباريتها لا يكون المقام مقام التأثير والتأثر.

٩/١٣٢

قوله: كونها قائمة مقام الرضا المقارن.

أقول: يعني في الكفاية في صحة العقد وتأثيره بعد حصولها، لا في كون
العقد مؤثراً من حين إنشائه كما في المقارن.

المناقشة في
الوجه الأول
٤٠٠ : ٣

١٠ - ٩/١٣٢

قوله: ومنه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد.

أقول: ظاهره أن هذا عين الدليل المتقدم عن جامع المقاصد، لكن بتقرير
آخر بأن يكون المراد من الشروط شروط الإمضاء وتوجه خطاب وجوب
الوفاء، يعني: أن العقد الواقع من الفضولي جامع لشرائط الإمضاء، وكونه سبباً
تاماً عند الشرع الموجب لترتب مسببه وهو النقل من حينه بالتقريب الذي نشير
إليه عليه، وكلها حاصلة إلا رضا المالك بسببية العقد للملك، فإذا حصل الرضا
بالإجازة عمل السبب التام وهو العقد عمله وهو النقل من حينه، كما هو صريح
المقرر وهو الشيخ الأعسم في محكي كشف الظلام.

تقرير آخر
للسبب الأول
والمناقشة فيه
٤٠١ - ٤٠٠ : ٣

١١ - ١٠/١٣٢

قوله: فإنه إذا اعترف بأن رضا المالك من جملة الشروط.

أقول: اعترف بكونه من شروط الإمضاء لا بكونه من شروط العقد، وإلا
لم يكن هذا تقريراً لما ذكره جامع المقاصد؛ ضرورة كون ما يجب الوفاء به هو

العقد مع شيء آخر لا العقد فقط، وعليه لا ضير في اعتبار تحقق الملك قبلها، بل لا بد منه، وإلا لأفادت ملكاً جديداً غير مضمون العقد، فيحتاج حينئذٍ إلى قبول آخر، ولا قائل به.

١٤/١٣٢ قوله تعالى: فجميع ما ورد مما يوهم ذلك لا بد فيه من التزام. دعوى إمكان تقديم المسبب على السبب الشرعي ودفعها ٣: ٤٠١

أقول: قد يقال: بأن الالتزام بما ذكر لا يسلم عن محذور تأخر الشرط عن المشروط؛ لأن الأمر المنتزع المقارن يتوقف حصوله على حصول ذاك الأمر المتأخر في الزمان اللاحق.

وكيف كان، فمحصل ما ذكره في توجيه ما يوهم ذلك أمران: نتيجتها شيء واحد، وهو كون ما لنفسه دخل في تأثير العقد هو وصف التعقب والاختلاف بينهما في كيفية التصرف.

الأول: ما ذكره بقوله: «لا بد فيه من التزام» ومفاده أن يتصرف فيما يطلق عليه لفظ الشرط مع إبقائه على معناه الاصطلاحي الذي أخذ فيه عقلاً تقدّمه على المشروط، كما يأتي التصريح به من المصنف في أواخر الصفحة، وذلك بالتزام أن الشرط في الحقيقة هو الأمر المنتزع من المتأخر، وإنما أطلق على نفس المتأخر بعلاقة السببية والمسببية، ففيما نحن فيه مثلاً: الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهو مقارن للعقد على تقدير تحقق الإجازة بعده وإنما أطلق على نفس الإجازة بطور التجوّز في الإسناد.

وأورد عليه: بعدم إمكانه هنا من جهة مخالفته لأدلة الطيب من غير دليل عليها؛ إذ مدلولها شرطية الطيب والرضا لا التعقب، فلا بد حينئذٍ من رفع اليد عن كاشفة الإجازة حقيقة والالتزام بالنقل إما مطلقاً وإما حكماً كما اختاره؛ حذراً عن محذور تقدّم المشروط على الشرط حقيقة.

وفيه ما لا يخفى؛ لأن غاية ما يلزم عليه هو التصرف في ظاهر الأدلة، وهو في حدّ نفسه أمر ممكن، ولا بد منه مع وجود القرينة عليه وهي الأدلة

الدالة على الكشف مع عدم تعقل تقدّم المشروط على الشرط بمعناه المصطلح، فتدبر.

والأمر الثاني: ما ذكره بقوله: «اللهم إلا أن يقال» وهو عكس الأول، بأن يتصرّف في معنى الشرط، وأن المراد منه معناه الاصطلاحي المذكور بلا تصرّف فيما استعمل فيه لفظ الشرط، وعبر به عنه بأن كان المراد منه مجرد ما يتوقّف تأثير السبب المتقدّم في زمان وجوده على لحوقه وكونه عقيبه، والتجوّز في الشرط على هذا من قبيل التجوّز في الكلمة واستعمالها في غير معناها الموضوع له لأجل مناسبة بينهما، فإن المعنى المصطلح الموضوع له لفظ الشرط وهو ما يتوقّف تأثير المقتضى على نفسه قد استعمل في قولهم: الإجازة شرط فيما يتوقّف تأثيره على لحوقه، لا فيما يتوقّف على نفسه؛ لأنّ ما يتوقّف عليه تأثير العقد على الكشف لحوق الإجازة لا نفس الإجازة.

وقد أورد على هذا التوجيه بوجهين:

أولهما: عدم استحقاق إطلاق الشرط عليه.

وثانيهما: عدم صدق المعنى المذكور للشرط على الرضا؛ من جهة أنّ المستفاد من الأدلة اعتباره في الملكية بنحو الشرط المتقدّم.

وفي كليهما نظر، أمّا الأول؛ فلاّنه إن أراد من الشرط الذي نفى استحقاق إطلاقه عليه هو بمعناه الاصطلاحي فنعم، إلّا أنّ مرجعه إلى رفع اليد عمّا بنى عليه التوجيه المذكور من التجوّز في لفظ الشرط بأن المعنى المجازي لا يطلق عليه اللفظ بمعناه الحقيقي، وهو كما ترى لا ينبغي صدوره من المصنّف.

وأما الثاني، فلمّا مرّ سابقاً من أنّ غاية ما يدلّ عليه دليل اعتبار الطيب إنّما هو توقّف حدوث الملكية على الإجازة من دون تعرّض فيه على كيفية الحادث من التقدّم والتأخّر فقله: «ولا ينفع لحوقه» مصادرة.

ثم إنّ مقتضى سياق العبارة والاستدراك عمّا سبق سلامة هذا التوجيه

عن مخالفة الأدلة، وليس الأمر كذلك كما لا يخفى، وكيف كان، فضمير «مراده» راجع إلى القائل المستفاد من قوله: «بأن يقال».

١٨/١٣٢ قوله: ومما ذكرنا يظهر.

أقول: يعني به قوله: «ولكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه» إلى قوله: «لمخالفته لأدلة الذي ذكره في وجه فساد تأويل شرطية الإجازة مع القول بالكشف».

٢٠/١٣٢ قوله: وقد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا.

أقول: هذا من المواضع التي تدلّ على أنّ المراد من الكشف الحقيقي هو الوجه الأخير من الوجوه الثلاثة المتقدمة؛ لأنّ ظاهر هذا الكلام أنّ تفرّع الفرع المذكور على الكشف الحقيقي مختصّ به فيما إذا أُريد به ذلك مع كون الشرط وصف التعقّب، ولا يتمّ ذاك الاختصاص إلّا فيما أُريد من مقابلة الكشف بالنحو الأخير وهو الكشف مع كون الإجازة بنفسها شرطاً ولكن للإمضاء لا للممضى، وهو الكشف، بمعنى انقلاب ما لم يكن مؤثراً حين وجوده إلى كونه مؤثراً من ذاك الحين بعد مجيء الإجازة لا الكشف بالنحو الأول، وهو كون الإجازة بنفسها شرطاً للعقد بطور الشرط المتأخّر، فإنّ الذي لا يتفرّع عليه ذاك الفرع هو الكشف بذاك النحو الأخير، وأمّا الكشف بالنحو الأول فلا فرق بينه وبين الكشف، مع كون الشرط وصف التعقّب في تفرّع الفرع المزبور.

ومن جملة ما يدلّ على إرادته: ما ذكره في ذيل الإيراد الثالث على الوجه الثاني من وجهي الاستدلال على الكشف، من أنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير به؛ إذ ما ذكره من الانقلاب ليس إلّا في الكشف بذلك المعنى الأخير؛ إذ في الأوّل كان العقد من الأوّل على صفة التأثير.

ويدلّ على إرادته أيضاً قوله عند بيان الثمرة: «وأمّا الثمرة على الكشف

دعوى أن
الشرط هو
وصف تعقّب
الإجازة ودفعها
٤٠٢ : ٣

الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً وكون الشرط تعقّب العقد بها فقد يظهر في جواز تصرف كلّ منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد، انتهى؛ وذلك لأنّ الظاهر بل المقطوع أنّ مراده أنّه يجوز التصرف فيما انتقل إليه في الصورة المفروضة على الثاني دون الأوّل، ولا وجه لعدم جوازه بناء على الكشف إلّا إذا أريد منه الوجه الأخير حيث إنّ الأوّل مثل الثاني من هذه الجهة.

ومّا يدلّ عليه أيضاً: قوله في ذيل الثمرة الثالثة من الثمرات بين الكشف والنقل: «وأما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخّرة شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تامّاً فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد» وقوله بعد ذلك: «فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً وشرطاً» فإنّه صريح في أنّ الإجازة ليس شرطاً للعقد حتى بطور الشرط المتأخّر، وإنّما هو شرط لإمضاء نفس العقد السابق وجعله مؤثراً من حين وجوده بعد أن كان غير مؤثراً.

هذا، ولكن بعض كلماته الأخر يدلّ على أنّ مراده من الكشف الحقيقي الوجه الأوّل، مثل قوله في تعداد وجوه الكشف في الصفحة الآتية: «أحدها الكشف الحقيقي»؛ إذ اعتراض جمال المحقّقين عليه بأنّ الشرط لا يتأخّر، لا يرد على الكشف الحقيقي إلّا على الأوّل؛ إذ على الأخير لم يتقدّم حدوث الأثر على الإجازة بل حدث بعدها الملكية السابقة.

وإن شئت قلت: إنّ حدث بعد الإجازة وترتّب عليها مؤثريّة العقد السابق من حين وجوده إلّا أن يمنع دلالته عليه وليس ببعيد، فيصحّ أن يقال: إنّ مراده من الكشف الحقيقي في تعبيراته هو الوجه الأخير، وعلى هذا يندفع عنه ما أورد على بعض عبارته الآتية، ولعلنا نشير إلى ذلك في محلّه إن شاء الله.

٢١/١٣٢ قوله: وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

أقول: ومن أن العلم بذلك يوجب العلم بأن وصف التعقب يوجد بعد ذلك لا العلم بأنه وجد فعلاً، فحينئذ يكون التصرف قبل الإجازة تصرفاً قبل تمام السبب الناقل فلا يجوز.

نعم بعد الإجازة ينعتون العقد السابق بكونه ملحوقاً بالإجازة بعد أن لم يكن كذلك، فيحدث في العقد في طرف الإجازة ويترتب عليه من ذاك الحين الملكية السابقة، وهذا يناسب الكشف بالمعنى الذي اخترناه، ولكن لا حاجة فيه إلى تكلف جعل الشرط هو اللّحوق كي يرد عليه بأنه مخالف للأدلة، بل يتم مع شرطية نفس الإجازة والرضا على ما مرّ تقريبه.

٢٢/١٣٢ قوله: إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه.

المناقشة الأولى
٣ : ٤٠٣ - ٤٠٤

أقول: قد مرّ أن المدار في تعيين كيفية النقل بحسب الزمان قصد المتعاقدين، ومرّ أيضاً أنّهما قد يقصدان خصوص زمان النقل مع قصد نفس النقل، ويصرّحان به في متن العقد وقد يقصدان ذلك بطور الكناية، بأن يكون قصدهما بسبب النقل المطلق من مجرّد العقد من دون دخالة شيء آخر فيه، المستلزم لقصد النقل من حين العقد بمقتضى السببية بينه وبين العقد، ويكفي في ذلك الإطلاق ومقدمات الحكمة؛ لأنّ إرادة غير زمان العقد يحتاج إلى مؤونة زائدة، بخلاف إرادة زمانه، فتحديد زمان النقل كما يكون بالقييد كذلك يكون بجعله مسبباً عن شيء خاص، والمقام من الثاني.

٢٣/١٣٢ قوله: وإنّما الزمان من ضروريّات إنشائه.

أقول: يعني أن الزمان ممّا يضطرّ إليه الإنشاء لتوقّفه على الزمان.

قوله: فإنّ قول العاقد: «قد بعث» ليس نقلت من هذا الحين.

أقول: نعم إلا أنّه قصد سببيته للنقل، وهذا المقدار كافٍ في قصد النقل من الحين كما مرّ، وحينئذٍ يشكل قوله بعد ذلك: «فكذلك إجازة المالك ذلك النقل

في زمان توجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة».

٢٥/١٣٢

قوله: وكما أن الشارع... إلى قوله: وقع النقل من زمانه.

أقول: نعم بعد إمضاء الشارع للعقد يقع النقل من زمان العقد ولكن مطلقاً حتى فيما إذا تأخر زمان إمضائه عن زمان العقد، وهو كافٍ في تمامية الاستدلال بالوجه الثاني على الكشف؛ لأنّ الإمضاء في الفضولي بعد الإجازة يرد على العقد لا على الإجازة؛ لأنّ الإجازة شرط الإمضاء لا شرط العقد كما مرّ في توضيح استدلال جامع المقاصد على الكشف.

قوله: فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان

٢٦-٢٥/١٣٢

الإجازة.

أقول: هذا يتم لو كان قوله عَلَيْهِ: «عن طيب نفسه» قيداً لمادّة «يحلّ» لا هيئته، وقد مرّ أنّه قيد للثاني.

٢٦/١٣٢

قوله تَبَيَّرَ: ولأجل ما ذكرنا لم يكن.

أقول: هذا مسلّم، لكن لا لما ذكره من عدم أخذ النقل من حين الإيجاب في الإيجاب حتى يكون شاهداً عليه، بل لما ذكرنا من قصد المتعاقدين تسبّب النقل من العقد بتمامه لا من الإيجاب فقط، وإلا كان مقتضى القاعدة وقوع الملك من زمان الإيجاب ولا استبعاد فيه.

وكيف كان، فهذا أحد الأمور التي استشهد بها على عدم أخذ النقل من حين الإيجاب في مفهومه، وثانيها: ما ذكره بقوله: «ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ» وثالثها: ما ذكره بقوله: «والحاصل أنّه لا إشكال».

٢٨/١٣٢

قوله: ودعوى أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه.

أقول: هذه الدعوى إشكال على الاستشهاد بعدم حصول الملك من زمان الإيجاب بمجرد القبول لمضمون الإيجاب على عدم أخذ النقل من حينه في مفهومه، بتقريب: أنّ عدم حصول الملك هنا من حين الإيجاب من جهة أنّ السبب للملك هو العقد المركّب من الإيجاب، فلا يمكن تقدّم المسبّب على

السبب ولو بأحد جزئيه مثل القبول.

٣٠/١٣٢ قوله ﷺ: فَإِنَّ الْفَسْخَ نَظِيرُ الْإِجَازَةِ وَالرَّدُّ لَا يَتَعَلَّقُ.

أقول: فرق بين الفسخ الذي هو حلّ العقد وبين الإجازة والردّ نظير الفرق بين الرّفْع والدفع، وبتعبير آخر: أنّ الفسخ مثل التخريب مرجعه إلى نفي الاستمرار مقابل الإبقاء، بخلاف الردّ فإنّ مرجعه إلى نفي الحدوث، وكذلك الأمر في الإجازة، فإنّها إحداث، فقياس الإجازة على الفسخ قياس مع الفارق. قوله: والحاصل أنّه لا إشكال في حصول الإجازة. ٣٢/١٣٢

أقول: ليس هذا حاصلًا لما ذكره سابقاً من عدم كون الزمان قيداً للنقل، بل هو استشهاد آخر كما أشرنا إليه، فالأولى في التعبير أن يقول: ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا إشكال... إلى آخره.

وحاصل وجه الشهادة: أنّه لو أخذ الزمان في مفهوم الإيجاب لما كان يحصل الإجازة بما ذكر؛ لتعلّقها حينئذٍ بغير مضمون العقد، أعني: ذات المقيّد مجرداً عن قيد كونه من زمان كذا، بل لا بدّ بناء عليه في تحقّق الإجازة من قول المالك: أجزت العقد أو أنفذته أو أمضيته.

وكيف كان، فإن أراد حصول الإجازة بما ذكر حتّى التمكين بالدخول على الزوجة من غير التفات على وقوع العقد على المال، ففيه منع، وإن أراد حصولها به مع الالتفات إليه فهو مُسلّم، ولكن لا يخفى أنّ لازم الرّضا بانتقال المال إلى الغير مع القيد المذكور هو الرّضا بنتيجة العقد، وهو النقل من حين العقد المدلول عليه ولو بقصد سببّيّته له.

٣٥-٣٤/١٣٢ قوله: ويتقرير آخر.

تقرير آخر

للمناقشة

الأولى ٣: ٤٠٤

أقول: يعني بتقرير آخر لما ذكره بقوله: «فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة». وجه المغايرة بين التقريرين: أنّ ذلك التقرير السابق من قبيل ذكر اللّازم وطّيّ الملزوم، وهذا التقرير بالعكس؛ حيث إنّ ذكر

هناك وقوع النقل من زمان الإجازة لا قبلها وترك ملزومه وهو كونه شرطاً أو جزءاً، وهنا عكس ذلك فذكر الملزوم هو كونها قائمة مقام الإذن في العقد، فيكون شرطاً للعقد أو مقام إنشاء نفس المالك؛ بناء على أن الإجازة عقد جديد ولو من حيث الإيجاب، على ما مرّ نقل كاشف الرموز عن شيخه، فيكون جزء السبب وترك اللازم للشرطية أو الجزئية وهو كون النقل من زمان الإجازة.

وكيف كان، لا إشكال فيما ذكره من قيام الإجازة مقام الرضا والإذن المقرون بإنشاء الفضولي إلى آخر ما ذكره، إلا أن قوله: «فهي^(١) إما شرط أو جزء سبب للملك» ممنوع؛ إذ قد مرّ أن الإجازة وكذلك الرضا والإذن المقرون شرط لإمضاء السبب التام وهو العقد، لا شرط للسبب ولا جزء له.

ثم إن السيد الأستاذ^(٢) أشكل على هذا التقرير بأنه لا دخل له بالتقرير الأول الذي مفاده منع كون الزمان مأخوذاً في مفهوم العقد؛ لأنّ هذا التقرير يجمع فرض كونه مأخوذاً فيه، فهو وجه آخر في الجواب مستقل لا دخل له بما ذكره أولاً، بل هو قريب لما يذكره في قوله: «وثانياً» فتدبر. انتهى.

لا يخفى أن هذا عين الجواب الأول ولكن بطور الكناية وذكر اللازم وإرادة الملزوم؛ ولذا جعله تقريراً آخر فكأنه قال: وبتقرير آخر إن الإجازة لها دخل في تأثيره؛ لأنه إما شرط اصطلاحياً وإما جزء سبب؛ وذلك لأنها قائمة مقام الإذن المقرون بالعقد الصادر من غير المالك.

وواضح: أن الإذن المقرون دخيل في تأثير العقد فكذا ما يقوم مقامه، فإذا كانت الإجازة دخيلة فيه على نحو الشرطية أو الجزئية فلا يمكن حصول المشروط أو المسبب، أعني: الملك قبلها للزوم الخلف، فلا بدّ من حصوله بعدها، ولازمه عدم أخذ الزمان في مفهوم العقد، وبهذا يرتبط ما ذكره ثانياً بما ذكره أولاً كما سنجيبه عليه فيما بعد.

(١) أي الإجازة. (المؤلف).

٣٥/١٣٢ قوله: أو مقام نفس إنشائه.

أقول: قد مرّ أنّ هذا الاحتمال إنّما هو بناء على كون الإجازة عقداً مستأنفاً، والتحقيق قيامها مقام الإذن.

١/١٣٣ قوله: وبعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضي به.

أقول: المؤثر هو العقد، وأمّا الرضا والإجازة فهو قيد الإمضاء لا الممضى، كما مرّ غير مرّة.

٢/١٣٣ قوله: وثانياً أنّ لو سلّمنا عدم كون الإجازة شرطاً.

المناقشة

الثانية ٣: ٤٠٥

أقول: لا يقال: مقتضى سوق الكلام أن يقول: لو سلّمنا أنّ مضمون العقد الذي كانت إجازته رضاً به هو النقل من حينه لكن نقول لم يدلّ دليل إلى آخره، لا ما ذكره هنا.

لأنّا نقول: ما ذكره هنا من باب الكناية وذكر اللّازم وإرادة الملزوم؛ لأنّ تسليم كون النقل من حين العقد مأخوذاً في مفهومه يلازم الالتزام بعدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً مأخوذاً في مفهومه تقدّمه على المشروط، كالملك في المقام، كما أنّ الالتزام بكونها شرطاً اصطلاحياً يلازم عدم تسليم كون النقل من حينه مأخوذاً فيه وإلاّ لا يعقل تقدّمه على الإجازة على ما هو مقتضى الكشف، فلا تغفل.

٣/١٣٣ قوله: فيتفرّع.

أقول: هذا نتيجة أخذ التأثير في العقد في مفهومها.

٤/١٣٣ قوله: على هذا الوجه.

أقول: أي جعل العقد السابق ماضياً من حين صدوره كأنّه صدر مؤثراً.

٦/١٣٣ قوله: ومن المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي.

أقول: نعم يتبعه في الحدوث ولا يتقدّم عليه، وأمّا في خصوصيّة الحادث من حيث التقدّم على زمان الإجازة والتأخّر عنه والتقارن له فالمتّبع فيها جعل

المتعاقدين، فما لم يجب الوفاء فلا ملك، فإذا وجب الوفاء بمقتضى العقد الدال على حصول الملك من حين وقوعه، ولو من جهة التسبيب، حدث - من حين وجوب الوفاء وهو زمان الإجازة - الملك من حين العقد، فتأمل.
قوله: ومما ذكرنا يعلم عدم صحّة.

أقول: يعني من كون الملك الشرعي يتبع... إلى آخره.
ثم أنّ هذا إنّما يتم بناء على مذاقه من عدم دلالة العقد على النقل من حينه، وأمّا بناء على دلالة عليه بما قرّبناه، فلا مانع من صحّة الاستدلال به، وكذلك لو كان دليل الإمضاء عموم «أحلّ الله البيع».

١٠/١٣٣

قوله: ومؤداه العرفي.

المناقشة الثالثة

٤٠٦-٤٠٧:٣

أقول: وهو النقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه من حين وقوع العقد.

قوله: كان مقتضى العقد المجاز.

أقول: قضية جعله جزاء للشرط في قوله: «فإذا صار العقد» أنّ كون مقتضى العقد عرفاً ترتّب الآثار من حين العقد وصيرورة العقد مقيّداً بذلك الزّمان بعد أن كان مجرّداً عنه؛ لما مرّ سابقاً من أنّه ظرف لا قيد إنّما هو أمر حدث بالإجازة وبواسطة جعلها العقد السابق نافذاً، وإلى هذا التأثير والتأثير ينظر في الإشكال فيما بعد بقوله: «إنّ مجرّد الإجازة» إلى قوله: «لا توجب كون...».

وحاصله: منع تأثير الإجازة بالمعنى المذكور في انقلاب مقتضى العقد من النقل المجرّد عن زمان العقد إلى النقل المقيّد به، وإنّما يؤثّر في حصول النقل المجرّد على تجرّده وانقلابه من العدم إلى الوجود، كما أنّ جعل الإيجاب نافذاً بواسطة القبول لا يوجب انقلاب مضمونه وهو النقل المجرّد عن زمانه إلى النقل المقيّد به.

فبعد هذا البيان لا يبقى مجال لإيراد سيّدنا الأستاذ رحمته على المصنّف بأنّه

لا وجه لعدم الإغماض... إلى آخر ما ذكره؛ وذلك لأنّ وروده مبنيّ على أن يكون مؤدّي العقد عرفاً عند المصنّف النقل من حينه، وليس كذلك بل النقل المجرّد والتقيّد به إنّما ينشأ من الإجازة، وعلى هذا لا يرد عليه ما ذكره، وإنّما يرد عليه أنّ معنى الإجازة ليس مجرّد جعل العقد السابق نافذاً ومؤثراً، بل جعله كذلك من حينه، ويلزمه كون المسبّب من العقد والحاصل منه هو النقل من حينه ولو كان المنشأ به صرف النقل، وإلا يلزم عدم جعله من حينه مؤثراً، وهو خلف؛ إذ المفروض جعله مؤثراً بحيث كأنّه وجد مؤثراً، ولا يكون كذلك إلا بترتب النقل من حينه وإلا يلزم انفكاك الأثر عن المؤثر، وقياس هذا على الرضا بالإيجاب قياس مع الفارق؛ لأنّ القبول يجعل الإيجاب الواقع جزء المؤثر من حين وقوعه لإتمام المؤثر، ولعلّه لذا أمر بالتأمّل.

قوله: إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول؛ لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير.

أقول: هذا يلائم الأخير من وجوه الكشف الذي اخترناه وطبقنا عليه استدلال المحقّق الثاني، بل هو عليه، ويرد على ما ذكره في وجه عدم معقوليّته - من استحالة لحوق صفة التأثير له - منع استحالة طرؤ عنوان على شيء بعد وجوده بلا عنوان، مثل العقد في المقام، فإنّه وجد مجرّداً عن عنوان المؤثر لا معنوياً بعنوان آخر مضاد له، بل هذا هو الواقع في تعنون ذات الأجزاء في المركّبات التدريجيّة كالحجّ والصلاة بعنوان الجزئية للمركّب في ظرف وجودها بعد وجود المركّب بتمام أجزائها، لا حين وجودها، ولعمري هذا واضح.

ومن هذا القبيل إذا أمسك بلا نيّة الصوم ثم نوى الصوم قبل الزوال في الواجب الغير المعيّن أو قبل الغروب في الصوم المندوب، فإنّ الزمان السابق على النية يتعنون بعنوان الصوم من جهة تلك النية المتأخّرة عنه، فكما أنّ النية

هنا تجعل ما ليس بصوم صوماً ويترتب عليه عنوان الصوم، كذلك الإجازة اللاحقة تجعل العقد السابق الغير المؤثر الغير المرتبط بالمالك عقداً مؤثراً من حين وجوده، مرتبطاً به ومضافاً إليه.

وقد يورد على الكشف بهذا المعنى بلزوم اجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد، وهو ما بين زمان العقد وزمان الإجازة. وفيه: أن المالك واحد وهو المجيز إلى زمان الإجازة والمجاز له بعدها، فإنها يقلب المالك الاول فيما قبل الإجازة إلى مالك آخر فيه، فتأمل جيداً.

١٩/١٣٣

قوله: على وجوه ثلاثة.

معاني الكشف

٤٠٨ : ٣

أقول: بل أربعة، رابعها: الكشف الحقيقي بالمعنى الأخير الذي ذكرناه في مقام تعداد وجوه الكشف، من كون ظرف حدوث الأثر وترتبه على العقد زمان الإجازة، وظرف الحادث المترتب عليه زمان العقد، ألا أن يراد من الوجه الأول من وجوه المتن هذا المعنى بأن يكون مراده من كون الإجازة شرطاً متأخراً، تأخرها بالقياس إلى ذات الأثر الحادث لا بالقياس إلى وصف حدوثه وترتبه، ويكون مراد جمال المحققين: أن الشرط لا يتأخر عن الأثر الحادث لا زماناً ولا حدوثاً، ويدل على إرادة ذلك جملة من كلماته وقد مرت الإشارة إليها، فتأمل.

٢١/١٣٣

قوله: فراراً عن لزوم.

أقول: قد مرّ أنه كرّر على ما فرّ.

قوله: والتزم بعضهم.

أقول: قد مرّ أنه بناء على هذا لا يكفي في جواز التصرف مجرد العلم به، بل لابد من تحقق وصف التعقب المتوقف على تحقق نفس الإجازة.

٢٣-٢٢/١٣٣

قوله: وقد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب.

أقول: وقد تبين ممّا ذكرنا في الحواشي السابقة أن الأنسب بالعمومات النقل ثم الكشف بضميمة غلبة تسبّب النقل من نفس العقد هو الكشف الحقيقي بالمعنى الأخير.

٢- الكشف

الحقيقي

والتزام كون

الشرط التعقب

بالإجازة ٤٠٨:٣

مقتضى

القواعد

والعمومات هو

النقل ثم

الكشف

الحكمي ٤٠٨ : ٣

٢٣/١٣٣ قوله: مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه.

أقول: يعني من شروط العقد، إمّا مع كونه من الشروط للإمضاء لا للعقد كما اخترناه فلا إشكال فيه.

٢٤-٢٣/١٣٣ قوله: في غاية الإشكال.

أقول: للإشكال في مبناه من الشرط المتأخّر.

٢٦/١٣٣ قوله: وكذا الأخبار التي بعدها.

أقول: قد تقدّم الكلام في كون مواردّها من باب الفضولي، فراجع.

٢٧/١٣٣ قوله: ظاهرة في قول الكشف.

أقول: يعني الكشف الحقيقي.

قوله: باقية على.

أقول: كما هو مقتضى القول بالنقل والكشف الحكمي.

٢٨/١٣٣ قوله: كان العزل.

أقول: يعني كان إطلاق الحكم بالعزل وعدم تقييده برضا الورثة وإذنه
مخالفاً لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم؛ إذ للورثة المنع عن عزل مالهم.
قوله: منضمّاً إلى عموم الناس.

أقول: يعني حفظ عمومهم عن ورود التخصيص عليه.

٣١/١٣٣ قوله: فقد يظهر في جواز تصرّف.

أقول: يعني يظهر في جوازه بناء على الثاني وعدم جوازه على الأول،
بتوهم أنّ وصف التعقّب يتحقّق بمجرد العلم بإجازة المالك فيما بعد، وفيه منع
كما مرّ، فلا يجوز التصرّف قبلها على التقديرين.

٣٣-٣١/١٣٣ قوله: وأمّا الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس
الإجازة شرطاً... إلى قوله: حلال واقعاً.

أقول: فيما لو كان المراد من الكشف الحقيقي هو الوجه الأوّل المتّحد فيه

ظاهر صحيحة
محمد بن قيس
هو الكشف
بالمعنى الأعم
٤٠٩ : ٣

ظاهر صحيحة
أبي عبيدة هو
الكشف الحقيقي
٤١٠ - ٤٠٩ : ٣

الثمرّة بين
الكشف
باحتمالاته
والنقل ٣ : ٤١٠

الثمرّة بين
الكشف
الحقيقي
والحكمي ٣ : ٤١٠

زمان الإمضاء مع زمان العقد بلحاظ الإجازة اللاحقة، وقد مرَّ أن الظاهر منه - كما يدلُّ عليه مواضع من كلامه - إرادة الوجه الأخير من وجوه الكشف الذي اخترناه، وعليه لا وجه له إلا إذا أُريد من الحليَّة الواقعيَّة صيرورة الحرام الواقعي قبل الإجازة حلالاً واقعياً بعدها وانقلابه إليه، لكنَّه خلاف الظاهر، فحينئذٍ لا تفاوت بين القول بالكشف بالمعنى الأخير وبين الكشف الحكمي في حرمة الوطء في الفرض المذكور ظاهراً وواقعاً، إذا لوحظ نفس صدور الوطء قبل الإجازة؛ لأنَّه على كلا التقديرين وقع في ملك الغير وصدر على وجه الحرمة، وعدم حرمة كذلك إذا لوحظ بعد الإجازة؛ لأنَّه على كلا القولين يصير حلالاً واقعياً من حين صدوره حقيقة بناءً على الكشف، وحكماً بناءً على الثاني، بمعنى أنَّه يترتب عليه آثار الحلال الواقعي من عدم إيراثه للعقوبة، فتأمل.

٦/١٣٤

قوله: ومنها: أن فسخ الأصل.

الثمرة الثانية
من حيث فسخ
الأصل ٣: ٤١٢

أقول: حاصل ما ذكره أن مقتضى إطلاق أدلَّة الصحة وال لزوم وإن كان عدم بطلان إنشاء الأصل بفسخه قبل إجازة الآخر، إلا أنَّه قد قام الإجماع على شرطية عدم تخلُّل الفسخ بين جزئي السبب؛ بل بينه وبين شرط صحَّة العقد؛ لتسالمهم على جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاءه قبل إنشاء الآخر، بل وبعده قبل وجود شرط الصحة، مثل القبض في الهبة والوقف والصدقة وبيع الصرف والسلم، ومن المعلوم أنَّ الإجازة شرط صحَّة العقد بناءً على النقل، فيجوز للمنشئ إبطال إنشائه بالفسخ قبل تحقُّقها؛ لما مرَّ من الإجماع، بخلافه على الكشف الحقيقي؛ فإنَّها بناءً عليه ليست شرطاً لصحَّته فلا يشمل الإجماع عليه قبلها حينئذٍ، فيرجع إلى الإطلاقات، ومقتضاها كما مرَّ عدم البطلان.

وبعد هذا التقريب لا يرد ما اعترضه المحقِّق القميُّ رحمته من منع جواز الإبطال بناءً على النقل أيضاً، معللاً بأنَّ ترتب الأثر على جزء السبب، وهو

العقد، أو إنشاء الأصل بعد انضمام الجزء الآخر، وهو الإجازة من الأحكام الوضعية، لا يعتبر فيه اختيار الأصل لترتبته وإرادته له وعدم رجوعه عن إنشائه. وجه عدم الورد: أن مقتضى الإجماع شرطية عدم تخلل الفسخ في الصحة، ومع ذلك لا يجدي الانضمام بدون تخلله، فحينئذٍ ينحصر سند ما ذكره من المنع في منع الإجماع أو الشك فيه ودفع احتمال شرطية عدم تخلل الفسخ بالإطلاقات.

هذا، ولعل نظره في الاعتراض إلى ذلك.

وكيف كان فيتجه على المصنّف رحمه الله أنه لا وجه لتخصيص جواز الفسخ على النقل وعدمه على الكشف بالأصل؛ إذ لا فرق في ذلك بينه وبين الفضولي.

وأيضاً يتجه عليه: أن الإجازة على جميع الأقوال شرط الصحة، غاية الأمر على الكشف الحقيقي بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة آنفاً؛ إذ لم يلتزم أحد بأنها أجنبية عن العقد بالمرّة، بل ظاهر التعبير المتقدم من المحقق القمي أن الإجازة جزء السبب المؤثر، ولعلّ هذا من اختياره في الإجازة ما حكاها كاشف الرموز عن شيخه المحقق من كونه بيعاً مستأنفاً من مالك المبيع فضولاً، فتدبر. وإلى هذا ينظر المصنّف في احتمال الشرطية في الإجازة في كلامه الآتي عن قريب، وحينئذٍ لا يبقى فرق بين القولين.

قوله: ولا يخلو عن إشكال. ١١/١٣٤

أقول: لعلّ وجه الإشكال أنه مع رجوع الأصل وفسخه للعقد قبل الإجازة يشكّ في صدق العقد والعهد عليه، ومع ذلك لا يجوز التمسك بالإطلاقات؛ لكون الشبهة حينئذٍ موضوعية.

ويمكن دفعه بأننا نحرز الموضوع بالاستصحاب ثم بعده نتمسك بها ونحكم بعدم شرطية المشكوك.

ولكن فيه: أنه لا أثر للمستصحب هنا ولو في الزمان المتأخر عن زمان اليقين؛ لانحصاره في إضافة العقد إلى المالك بواسطة الإجازة، وليست هي أثراً شرعياً للعقد رتبته الشارع عليه بل أمر واقعي قهري. هذا بناء على كون المراد من العقود والبيع عقود الملاك وبيعهم واعتبار الإجازة؛ لأنها محصلة لتلك الإضافة، وأما بناء على أن المراد العقد المرضي بها بأن كان الرضا جزء السبب، فلا بأس بالاستصحاب.

ومن هنا يظهر الثمرة بين كون موضوع وجوب الوفاء عقود المالكين، أو العقود مع الرضا منهم.

قوله: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين. ١٦/١٣٤
أقول: يعني العين المنتقلة عن البائع لا المنتقلة إليه بقرينة قوله سيما على القول بالكشف؛ إذ مرّ التصريح منه بجواز تصرف البائع فيما انتقل إليه على الكشف.

الإشكال على
تصرف
الأصيل بناء
على النقل
وعدمه ٣: ٤١٣

قوله: بجواز التصرف مطلقاً. ١٩/١٣٤
أقول: يعني حتى على الكشف.
قوله: ومن هنا يظهر أنه. ٢٢/١٣٤

حكم تصرف
الأصيل بناء
على الكشف
٣: ٤١٤-٤١٥

أقول: يعني من كون مقتضى العموم وجوبه على الأصيل حتى مع العلم بعدم الإجازة يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة؛ لأنها لا تزيد على العلم بعدم الإجازة.

قوله: فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. ٢٤/١٣٤
أقول: نعم متعلق الوجوب غير مقيّد بالإجازة إلا أن نفس الوجوب الكاشف عن الإمضاء مقيّد بها، فلا وجوب قبلها، فيجوز للأصيل التصرف في ماله على الكشف أيضاً كالنقل، ومن هنا ظهر الإشكال فيما ذكره في الحاصل من أن مقتضى العموم بناء على الكشف الحقيقي حرمة النقص على الأصيل؛

عدم جواز
تصرف
الأصيل بناء
على الكشف
وكون الشرط
نفس الإجازة
٣: ٤١٥-٤١٧

شروط المتعاقدين / القول في الإجازة والردّ ١١١

ضرورة أنّه يقتضيها لو توجّه الخطاب إلى الأصيل قبل الإجازة، لكنّه لا يتوجّه عليه إلّا بعدها؛ وذلك لتقييد أصل الوجوب بالإجازة على الكشف.

قوله: مطلقاً. ٢٦/١٣٤

أقول: يعني سواء علم بتحقيق الإجازة من المالك فيما بعد، أو علم بعدمه، أو لم يعلم لا هذا ولا ذاك.

قوله ﷺ: ومن هنا تبين فساد توهم. ٢٧/١٣٤

أقول: يعني بالمشار إليه كون مقتضى العموم حرمة نقض العقد، وعدم جواز كلّ ما يعدّ نقضاً له من حيث العمل من التصرف وترك التصرف.

وحاصل التوهم: دعوى عدم الانفكاك بين التصرف فيما انتقل عنه، والتصرف فيما انتقل إليه، وكلّما حرم الأوّل جاز الثاني، وكلّما حرم الثاني جاز الأوّل.

وحاصل الجواب: دعوى ثبوت الانفكاك بينهما، بتقريب: أنّ موضوع الوجوب الوفاء، وموضوع الحرمة النقض، ومن الواضح أنّ الأوّل نقض وترك للوفاء فيحرم دون الثاني، فإنّه ليس وفاء وتركه نقضاً، بل هو أجنبيّ عن مسألة النقض، فلا تدلّ الآية على حكمه وإنّما يرجع فيه إلى أصالة عدم الانتقال الموجبة للحرمة، فعلم أنّه يمكن أن يحرم التصرف في كليهما.

قوله: ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقّعه من الإجازة. ١/١٣٥

أقول: حصول الإجازة ليس غاية الحرمة النقض ووجوب الوفاء لثبوتها بعدها أيضاً، فكان الأولى ترك ما يفيد ذلك في العبارة.

قوله: ولأجل ما ذكرنا من اختصاص. ٢/١٣٥

أقول: لا شهادة فيما نقله عن القواعد إلّا للعقد الإيجابي ممّا ذكره، فلا تغفل.

قوله: ثبت في حقّ المباشر تحريم المصاهرة. ٣/١٣٥

أقول: لأنّ مناط تحریم المصاهرة هو النكاح الصحيح الفعلي والمفروض تحقّقه بالنسبة إلى المباشر.

قوله: حرمت عليه الخامسة.

أقول: إن كانت المعقود عليها رابعة.

قوله: إلّا إذا فسخت.

أقول: يعني المرأة المعقود عليها فضولاً، فإنّ التحريم حينئذٍ ينتفي بانتفاء مقتضيه، وذلك واضح في الخامسة، فإنّها حينئذٍ تكون رابعة لا خامسة. وأمّا في الأخت؛ فلأنّها لا تحرم إلّا جمعاً لا عيناً، وبعد الفسخ لا يتحقّق عنوان الجمع وكذا في البنت، فإنّها لا تحرم عيناً إلّا مع الدخول عليها المفروض عدمه، فلم يبق إلّا عنوان الجمع، وهو منتفٍ بعد فرض كون عقدها بعد فسخ نكاح أمّها.

قوله: على إشكال في الأمّ.

أقول: يعني على إشكال في ارتفاع الحرمة الثابتة في الأمّ قبل الفسخ بالفسخ وبقائها بعده أيضاً، وهو ناشٍ من أنّ التحريم في الأمّ يكفي فيه العقد على البنت، الصحيح اللازم المجرّد عن الوطء كما هو المشهور، والمفروض أنّه صحيح لازم من طرف المباشر فيترتب عليه أثره وهو تحریم الأمّ، ومن أنّه لا يكفي فيه ذلك بل لا بدّ فيه من الدخول على البنت المعقودة، وإلّا فلا يحرم إلّا من باب الجمع كما يقول به ابن أبي عقيل، وبعد الفسخ لا يبقى موضوع للجمع.

٤ - ٣/١٣٥

قوله: وفي الطلاق نظر.

أقول: يعني في الطلاق - بالنسبة إلى إفادة إباحة نكاح المعقود عليها فضولاً وبنتها ورفع الحرمة - نظر ينشأ من لزوم ترتّب الطلاق على نكاح لازم من قبل الزوجة أيضاً، وهو منتفٍ هنا فلا يكون الطلاق الواقع في الصورة المفروضة معتبراً في نظر الشارع، فلا يفيد في إزالة العقد المزبور، فلا يبيح

المصاهرة بل تحرم إلى أن يحصل الفسخ من الزوجة أو الإجازة، ثم الطلاق، ومن أنه طلاق صدر عن أهله في محله، لأنّ الموقع له كامل والزوجية ثابتة من طرفه، فوجب أن يترتب عليه مقتضاه وهو إباحة المصاهرة.

وفيه: أنّ الزوجية غير ثابتة من طرفه بل الثابت في حقه التكليف المجرد عن الوضع لتقومه بالتكليف من الجانبين المفقود في أحدهما، ومجرد التكليف على الزوج لا يصحّح الطلاق المعتبر فيه إزالة الزوجية، فالأقوى هو الأول؛ ولذا اكتفى به العلامة رحمته الله.

٤/١٣٥ قوله: والطلاق هنا معتبر.

أقول: لتوقفه على الزوجية المتوقفة على الإجازة، فيكشف عن الإجازة، ومعها يصحّ الطلاق ويعتبر.

٥-٤/١٣٥ قوله: وعن كشف اللثام نفي الإشكال.

أقول: يعني في تحريم المصاهرة من طرف المباشر.

٧/١٣٥ قوله: بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

أقول: قيل: إنّ تحقق النتيجة عند حرمة النقض من الطرفين إنّما هو فيما إذا كان العقد واحداً، وأمّا إذا كان اثنين بأن فرض أنّ فضولاً قبل النكاح لرجل وباشرت المرأة التزويج، ثم مضى هذا الفضولي إلى رجل آخر وزوجه المرأة المذكورة فضولاً وهذا الرجل الثاني باشر القبول، فوقع عقدان في أولها الأصيل الزوجة وفي ثانيهما الرجل، فيحرم المصاهرة والنقض من كل من الطرفين بالنسبة إلى ما يجب عليه من الوفاء بما التزم على نفسه مع عدم تحقق النتيجة وهي الزوجية إلى أن يجيز أحدهما العقد الذي أوقعه الفضولي مع الآخر.

٨/١٣٥ قوله: منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين بموت.

أقول: يعني الأصيل منهما سواء كان بائعاً أو مشترياً، كما أنّ المراد بالآخر غير الأصيل سواء كان بائعاً أو مشترياً.

حكم
التصرّفات غير
المنافية لما
التزمه الأصيل
٣: ٤١٧-٤١٨

ثمرات ذكرها
كاشف الغطاء
وما يرد عليها
٣: ٤١٨-٤٢٠

قوله: فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل.
 أقول: وجه الصحة على الكشف الحقيقي بوجوه الثلاثة واضح بناء على أن صحة الفضولي والكشف على طبق القاعدة، وأن المدرك فيها عموم وجوب الوفاء مع ملاحظة أدلة الطيب؛ وذلك لعموم الأدلة أو إطلاقها حتى بالنسبة إلى صورة المسألة، وأما بناء على كون إحداها على خلاف القاعدة فيمكن أن يقال بعدم الصحة واعتبار بقائهما على صفة القابلية لقصور الأدلة حينئذٍ عن الشمول لتلك الصورة فيحكم بالفساد.

نعم في خبر تزويج الصغيرين دلالة على عدم اعتبار بقاء القابلية إلى حين الإجازة، إلا أنه من جهة اختصاصه بالنكاح لا يجدي إلا بضمّ عدم القول بالفصل وهو غير معلوم.

وأما الكشف الحكمي فحاله حال الكشف الحقيقي في التفصيل المذكور؛ إذ غاية ما يدلّ عليه دليل تنزيل النقل منزلة الكشف فيما له من الآثار الشرعية القابلة للترتب، فلا بدّ من ملاحظة حال الكشف وتحديد آثاره القابلة له حتى تترتب على النقل الحقيقي.

وأما وجه عدم الصحة على النقل فهو استلزام الصحة في الصورة المفروضة طرح دليل السلطنة ودليل حرمة التصرف في مال الغير، وتخصيصه بالنسبة إلى ورثة المنسلخ عن القابلية من غير دليل مخرج لهم عنه، وهو غير جائز، فظهر أن إطلاق الحكم بالصحة على الكشف ليس في محله، وأن التحقيق ما ذكرناه من التفصيل.

قوله: وكذلك لو انسلخت قابلية المنقول بتلف. ١١ - ٩/١٣٥

أقول: يعني قابلية المال المنقول عن طرف الأصيل عوضاً أو معوضاً للملك، دون المنقول عن طرف صاحبه؛ ضرورة أن انسلخ قابليته للملك مانع عن الصحة؛ لعدم صحة الإجازة حينئذٍ من صاحب الأصيل؛ إذ يعتبر فيها كون

المجيز مالكاً حين الإجازة؛ لأنّها - على ما يصرّح به في رابع تنبيهات الإجازة - من آثار سلطنة المالك، وإذ لا ملك فلا سلطنة فلا صحّة.

١١/١٣٥ قوله: فيما قارن.

أقول: كان اللازم عليه ترك «في» هنا وفي قوله قبل ذلك: «وفي مقابله»؛ لأنّهما عطف على الموصول في قوله: «منها ما لو انسلخت» والأمر سهل، وظنّي أنّ هذا نشأ من الغفلة عن تبديله عبارة من تعرّض لهذه الثمرة وهو قوله: «وتظهر أيضاً فيما إذا انسلخت» وتغييرها إلى قوله: «ومنها ما... إلى آخره» وتوهمه أنّه لم يبدّلها إليه، وعليه لا إشكال في العبارة.

وكيف كان. فعطف هذا على ما سبق من قبيل عطف العامّ على الخاصّ الذي هو فرد من أفراد ذاك العامّ، يعني ما لو قارن العقد فقد شرط من شروط تأثير العقد الواجد للشرائط القائمة به في الملك، ثم حصل وما قارن حصوله ثم فقد، ففي الأوّل يصحّ على النقل دون الكشف، وفي الثاني بالعكس.

١١/١٣٥ قوله: وربّما يعترض على الأوّل.

أقول: المعترض صاحب الجواهر قال تتبع بعد نقل ما في المتن إلى قوله: «وبالعكس» ما لفظه:

وفيه: أنّ الأوّل وإن كان قد يشهد له خبر الصّغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه، ودعوى عدم الجواز في غيره بناء على الكشف أيضاً؛ ضرورة أنّه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلّة في اعتبار القابليّة حاله كالنقل أيضاً، وأنّه لولا الرضا لكان مالكاً بل لا بدّ من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتى لا ينفذ في زمان التملّك الذي هو مستمر أيضاً من حين العقد إلى حين الإجازة، ومنه تنقذ المناقشة في الثاني بل هي أوضح فيه من الأوّل؛ ضرورة كون المعترّ على الكشف والنقل رضا المالك، والفرض انتفاء ملكيّته بانتفاء قابليّة العين فيها وأوضح من ذلك فساداً فاقد القابليّة للملك حين العقد

ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، وعلى النقل أيضاً لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محلّه. انتهى كلامه رفع مقامه.

ولا بأس بشرح كلامه وبيان مرامه فنقول:

الظاهر أنّ صورة زوال القابلية بالموت خارج عن مورد اعتراضه نبي وذلك بقرينة قوله: «ولكنّ الجمود عليه»؛ إذ معناه أنّه مختصّ بصورة الموت وبقرينة قوله: «وأنّه لولا الرضا لكان مالكا»، إذ الظاهر أنّ معناه: أنّه لولا الرضا والإجازة من ناحية المجيز لكان المجيز مالكا لماله الواقع عليه العقد الفضولي، وباقياً في ملكه وإنما يخرج عنه بالرضا والإجازة للعقد، ومرجه إلى اعتبار ملك المجيز حين الإجازة لولا الإجازة.

ويدلّ عليه أيضاً قوله في المناقشة على الثاني: «ضرورة كون المعتبر على الكشف رضا المالك». وجه الدلالة واضح.

ثم إن الظاهر أنّ مورد اعتراضه ما إذا كان انسلاخ القابلية بغير الموت في المجيز، ومراده من التملك المستمرّ من حين العقد إلى حين الإجازة بتملك المجيز عوض ماله الواقع عليه العقد فضولاً، لا ما إذا كان الانسلاخ في الأصيل ولو بغير الموت أو في المجيز بالموت، وليس المراد من التملك المستمرّ بملك الأصيل فمحصل ما ادّعاه في الاعتراض على الأوّل أنّ الظاهر من أدلّة صحة الفضولي أنّه لا بدّ في صحة الإجازة على القولين فيها من كون المجيز مالكا حين الإجازة لولاها، ومع قطع النظر عنها، وسيأتي التصريح بذلك من المصنّف نبي في التنبيه الرابع، بل لنا أن نقول بعدم كفاية القابلية حين الإجازة، خاصّة بل لا بدّ من استمرار القابلية في المجيز من حين العقد إلى حين الإجازة. والدليل على ذلك: أنّه لولاه لوقع التنافي بين تملك المجيز عوض ماله بالإجازة تملكاً مستمرّاً من حين العقد إلى حين الإجازة، وهو غير جائز؛ لأنّ

تملكه للعرض مستمراً بالإجازة فرع تملكه بمقابله، كذلك لولا الإجازة وتابع له وعلى طبقه بمقتضى المعاوضة، وكون أحد التملكين عوضاً عن التملك الآخر، فتأمل.

وعلى هذا الذي ذكرناه في شرح مرامه وبيان مورد اعتراضه لا يبقى مجال لما أورده المصنف رحمته على قوله: «بل لا بد من اتصالها من حين العقد» بقوله: «وفيه أنه لا وجه لاعتبار استمراره»؛ وذلك لأن وروده عليه مبني على كون مورد اعتراضه ما كانت القابلية منسلخة عن الأصيل، وقد مر أن مورد صورة انسلاخ القابلية عن المجيز.

وكذا لا يبقى مجال أيضاً لما أورده على اعتبار الاستمرار للتملك من حين العقد إلى حين الإجازة، الذي تضمنه اعتبار اتصال القابلية واستمرارها بعدم لزوم المنافاة للتملك المستمر إلى حين الإجازة، وذلك؛ لأنه مبني على كون المراد من التملك تملك الأصيل لما انتقل إليه من المجيز بالإجازة، وقد مر أن المراد منه تملك المجيز لما انتقل إليه من الأصيل بالإجازة، وعلى هذا لا يتوجه عليه ما صرحوا به في مسألة العقود المترتبة من عدم استمرار ملكية المالك الأول بإجازة العقد الأول إلى زمان إجازته؛ إذ المفروض زوال ملكه بالعقد الثاني الوارد على ما انتقل إليه بالعقد الأول قبل إجازته.

والوجه في عدم توجهه عليه: أن الملكية الغير المستمرة إلى زمان الإجازة في تلك المسألة إنما هي ملكية الأصيل لما انتقل إليه من المجيز للعقد الفضولي على الكشف، وقد مر أن مورد إيراده إنما هو ملكية المجيز لما انتقل إليه من الأصيل، وهي مستمرة إلى زمان الإجازة.

وأما قوله: «وكما يشعر بعض أخبار المسألة» يعني يشعر بعدم اعتبار استمرار القابلية، ففيه: أنه ليس فيما تقدم من أخبار مسألة الفضولي ما يكون ظاهراً أو صريحاً في عدم اعتبار حياة المتعاقدين غير خبر تزويج الصغيرين

المتقدّم ذكره عند التعرّض لبيان ثمرة الكشف والنقل، ولو سلّم ففيه ما مرّ من أنّ انسلاخ القابلية بالموت خارج عن محطّ اعتراضه.

ومن ذلك يظهر الجواب عن قوله: «مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين اللذين مات أحدهما» لاختصاصه بصورة الانسلاخ بالموت، وهي خارجة عن محلّ البحث، ومن خروج مورده عن مورد اعتراضه، وأنّ ظهور الثمرة في مورده مُسلّم عند صاحب الجواهر رحمته، ولكنّه مختصّ به كما هو قضيّة قوله: «ولكن يمكن الجمود عليه، وأنّ اعتراضه في غير ذلك» يظهر أنّ الخبر المذكور لا يصلح ردّاً لما ذكره صاحب الجواهر رحمته في مقام الاعتراض على الثمرة الثانية؛ لأنّ صلاحيّته له مبنية على التّعدي من انسلاخ القابلية عن أحد المتعاقدين إلى انسلاخ القابلية عن المنقول، وهو خلاف فرض الجمود على مورد الخبر، ولو سلّم فهو إنّما يصلح ذلك لو كان مورد اعتراضه على الثمرة الثانية ما إذا كان انسلاخ القابلية في المنقول من الأصل، وهو ممنوع، بل مورده ما إذا كان الانسلاخ في المنقول إلى الأصل كما هو قضيّة قوله: «ضرورة كون المعتبر على الكشف والنقل هو رضا المالك» والفرض انتفاء ملكيّته بانتفاء قابليّة العين لها؛ حيث إنّ المراد من المالك هو المجيز، والعوض الذي يكون تلفه بمنزلة موت أحد الزوجين هو العوض المنقول من الأصل لا المنقول إليه، فافهم.

وأما قوله: «مضافاً إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي صلّى الله عليه وآله»، ففيه منع الإطلاق؛ لاحتمال أن يكون الوجه في عدم استفصاله صلّى الله عليه وآله إحرازه بقاء الشاة ولو بالاستصحاب، ثم إنّ الإيراد بهذه الرواية على صاحب الجواهر إنّما هو بناء على مذاقه رحمته من دلالتها على صحّة الفضولي، لا على مذاق المصنّف من خروج مورده عن الفضولي على ما مرّ في أوّل مسألة الفضولي.

فقد تحصّل ممّا ذكرنا عدم ورود إيرادات المصنّف على صاحب الجواهر قريباً ورفع في دار القدس مقامهما، ثم إنّ ما ذكره المصنّف هنا من عدم الصّحة على النقل في صورة انسلاخ القابلية للملك عن الأصيل منافيّ لتصريحه في الأوّل من الأمور التي ذكرها في القول في العقد المجاز بعدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما إلى حال الإجازة، كما أنّ ما اختاره هنا من الصّحة على الكشف في صورة انسلاخ القابلية للملكيّة عن المنقول منافيّ لنفي البعد هناك عن اعتبار بقاء شروط العوضين إلى حين الإجازة على الكشف، فراجع ولاحظ.

قوله: الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثمرة الثانية. ١٥/١٣٥

أقول: فيكون خبر التزويج حينئذٍ ردّاً للثمرّة الأولى والثانية معاً، يعني ردّاً لقادحيّة خروج النّاقل عن الأهليّة وقادحيّة خروج المنقول عن أهليّة النقل، وموجباً للحكم بالصّحة مع كلّ واحد منهما على القولين، ومعه يرتفع الثمرة بالصّحة على الكشف والبطان على النقل.

قوله: وربّما يقال بظهور الثمرة. ١٨/١٣٥

أقول: قال بعض الأفاضل: إنّ في بعض ما ذكره نظراً؛ لأنّ تعلّق الخيار إنّ لوحظ بالنسبة إلى الأصيل فلا يبعد أن يقال: إنّ له فسخ العقد إذا كان هناك سبب لخياره على كلا القولين، وإن لم يسمّ خياراً على النقل، وإن لوحظ بالنسبة إلى الطرف الآخر فله فسخ العقد وحلّه ولو لم يكن سبب للخيار ولا يبقى محلّ لإجازته حينئذٍ حتى تكون كاشفة أو ناقلة، وكذا في اختلاف مجلس الصرف والسلم لظهور أنّ المعتبر فيهما القبض في مجلس البيع، بمعنى إنشائه لا بمعنى تأثيره، ومجلس الإجازة إذا غاير مجلس البيع لا عبرة به، فالوجه فسادهما من الفضولي إلاّ مع فرض حضور الطرف الآخر في مجلس العقد وإجازته وحصول القبض في المجلس.

قوله: ويظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة.
 أقول: فإنه لو فرض أن ما بيع فضولاً قد باعه المشتري قبل إجازة المالك
 ثم أجازته فعلى الكشف يصح البيع الأول المجاز ويقع البيع الثاني للمشتري،
 وعلى النقل يدخل البيع الثاني فيما يأتي من مسألة: من باع شيئاً ثم ملكه.

[تنبيهات على أمور]

[الأول: الخلاف ومفهوم الإجازة]

قوله: ليس في مفهومها اللغوي.
 أقول: إنَّ الخلاف بينهم ليس في أنَّ الإجازة وضعت في اللغة لمعنى
 مقيد بالكشف أو النقل، وكذا ليس خلافهم في أنَّها وإن وضعت للمعنى الجامع
 بينهما إلاَّ أنَّها منصرفة إلى هذا الفرد أو ذاك الفرد؛ ضرورة أنَّ الإجازة في اللغة
 ليست إلاَّ الرضا بمضمون العقد، ومن المعلوم أنَّ هذا المفهوم مع أنَّه لم يؤخذ
 فيه الكشف أو النقل ليس ممَّا يصح انصرافه إلى أحدهما، كما لا يخفى.

عدم كون
 الخلاف في
 مفهوم الإجازة
 بل في حكمها
 الشرعي ٤٢١:٣

قوله بقره: بل في حكمها الشرعي.
 أقول: يعني بل في أنَّ المستفاد من العمومات والإطلاقات وأدلة الطيب
 أنَّ الرضا المتأخر كاشف عن تمامية السبب، أو أنَّه جزء السبب الناقل أو
 شرطه، أو في أنَّ مفاد الأدلة الخارجية الخاصة هو الكشف عن تمامية العقد في
 التأثير أو الدخالة فيه بعد الفراغ عن كون مفاد الأدلة العامة هو الدخالة فيه، وقد
 مرَّ في السابق أنَّ مفاد الأدلة العامة والخاصة كليهما هو الكشف، وهذا خلاف
 في معرفة الحكم الشرعي لموضوع الإجازة.

هذا، ولا يخفى عليك أنَّ قضية الوجه الثاني من وجهي الاستدلال.
 الاستدلال على الكشف، وكذا مقتضى ما ذكره المصنّف رحمته الله في ردِّه أنَّ الخلاف
 في ذلك ناشٍ من الخلاف في مدلول العقد المتعلق به الإجازة من حيث إنَّ
 النقل من حينه مأخوذ في مفهومه أم لا.

٢١/١٣٥ قوله: فلو قصد المجيز الإمضاء.

أقول: وجه التفريع كما في بعض الحواشي أنه بناء على كون الخلاف في مفهومها اللغوي أو الانصرافي لكان قصد كل من الكشف والنقل صحيحاً حتى مع فرض ظهور اللفظ في الآخر؛ ضرورة صلاحية قصد الخلاف مع وجود طريق إليه لأن يكون قرينة صارفة لللفظ عن إرادة ظاهره، فيعمل حينئذٍ بمقتضى ذلك القصد، فتصير المسألة حينئذٍ ذات وجه وهو الصحة، بخلاف ما إذا كان الخلاف في الحكم الشرعي؛ إذ حينئذٍ يجيء فيها الوجهان، وأظهرهما البطلان في كلا الفرعين؛ لأنّ المجاز فيهما لم يقع وما وقع لم يُجز.

أمّا في الأوّل، فلأنّ الواقع المنشأ هو النقل من حين العقد، وقد أُجيز من حين الإجازة، وأمّا في الثاني، فلأنّ المنشأ هو النقل المطلق وقد أُجيز النقل المقيّد بحين العقد.

ووجه الصحة، أمّا في الأوّل فهو مبنيّ على جواز التبعض في مدلول العقد من حيث الزمان.

وفيه: أنّه لا دليل عليه والأصل عدمه.

وأمّا في الثاني فهو أنّ الالتزام بالنقل المطلق والرّضا به ملازم للالتزام بالنقل المقيّد أيضاً، فإذا انضمّ إليه الإجازة من حين العقد تحقّق السبب التامّ للنقل من حين العقد.

وفيه: أنّه نعم، ولكن إنشاء النقل المطلق لا يلزمه إنشاء النقل المقيّد من الحين، فلا بدّ في تأثير الإجازة من حين العقد على النقل من انضمامه إلى إنشاء جديد يتعلّق به الإجازة، والمفروض عدمه، هذا بناء على أنّ الكشف أو النقل على طبق القاعدة، وإلاّ فإن قلنا بأنّ مقتضى القاعدة هو النقل وإنّما الكشف قد ثبت بأدلة خاصّة، فأظهر الوجهين في الفرع الأوّل هو الصحة؛ لأجل الأدلّة العامّة المقتضية لذلك، السليمة عن معارضة الأدلّة الخاصّة؛ لاختصاصها

بصورة عدم قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة.
وإن قلنا بأن مقتضى القاعدة هو الكشف والقول بالنقل إنما هو لأجل
الأدلة الخاصة، فأظهر الوجهين في الفرع الثاني أيضاً هو الصحة؛ لما ذكرنا من
العمومات السليمة عن المعارض لاختصاصه بصورة الإمضاء من حين العقد،
فتدبر.

[الثاني: الإجازة وشرط التلفظ بها]

٢٢/١٣٥

قوله: الثاني أنه يشترط في الإجازة أن يكون.

أقول: الأولى في عنوان المسألة أن يقال: إن الإجازة هل يكفي فيها
صرف الرضا الباطني أم لا؟ بل يعتبر فيها معه وجود ما يدل عليه من طرف
المجيز، وعلى الثاني يعتبر أن يكون الدال عليه لفظاً صريحاً أم يكفي الكناية
أيضاً؟

هل يشترط
التلفظ في
الإجازة؟ ٤٢١:٣

ثم إن مبنى الخلاف في ذلك أن خطاب وجوب الوفاء بالعقود عام لغير
المالك أيضاً، وغاية ما يجيء من قبل أدلة الطيب المطلقة من حيث اعتبار
الإنشاء وعدمه، وكذا من حيث وجود الأمر الدال على الطيب وعدمه تقييده
برضا المالك؟ أم ليس بعام، بل هو مخصوص بالمالك، وأن المراد من العقود في
الآية عقود المخاطبين، وإنما اعتبر الطيب من جهة أنه محصل لتلك الإضافة
إضافة العقود إلى المالك؟

فعلى الأوّل يكفي صرف الرضا ولو لم يكن هناك ما يدل عليه، وعلى
الثاني لا بد من القول بعدم كفايته لعدم تحقق الإضافة إلى المالك الذي هو
المناط في توجه الخطاب بمجرد ذلك.

ثم إن منشأ الخلاف بين أرباب القول الثاني هو الاختلاف من حيث
الصغرى، بمعنى أن ما يتحقق به إضافة فعل الغير إلى شخص ويصح أن يقال: إنه
فعله، هل هو خصوص اللفظ الصريح، أو الأعم منه ومن الكناية، أو الأعم من

شروط المتعاقدين / القول في الإجازة والردّ (الإجازة وشرط التلفّظ بها) ١٢٣

اللفظ والفعل، أو الأعمّ منهما ومن الحال والمقام؟
وجوه، لعلّ الأقوى الأخير، وكما يعلم ذلك بملاحظة مثل التعظيم
والتوهين، فإنّ الظاهر أنّه يكفي في إضافتهما إلى غير المباشر مجرد إظهار
الرضا بهما، كما أنّ الظاهر في موضوع وجوب الوفاء هو عقود المخاطبين،
ونتيجة ذلك كفاية مطلق ما يدلّ على الرضا الباطني على إشكال في غير اللفظ
والفعل منه، فتأمّل.

كفاية الفعل

الكاشف عن

الرضا في

الإجازة

٤٢٢ : ٣ - ٤٢٣

قوله ^{٢٦/١٣٥} **يُرِيدُ**؛ وهو يشبه المصادرة.

أقول: لأنّ كون الإجازة مثل البيع أوّل الكلام، مع أنّه لو سلّم فلا يدلّ
على اعتبار اللفظ في الإجازة، إلّا إذا اعتبر اللفظ في البيع، وقد مرّ في المعاوضة
أنّ التحقيق خلافاً للمشهور جواز الاجتزاء فيه بالفعل للعمومات، فكذلك
المقام إلّا أن يريد من البيع خصوص اللازم، فتأمّل.

قوله: وفيه نظر. ^{٢٧/١٣٥}

أقول: لعلّ الوجه فيه منع حصول النقل بالإجازة بعد تسليم أنّ الناقل
اللازم هو اللفظ؛ نظراً إلى أنّ النقل في الفضولي بالعقد مطلقاً حتّى على القول
بالنقل والإجازة شرط تأثيره في النقل، ولا يعتبر في الشرط أن يكون باللفظ.
وبالجملة: إن أراد من اعتبار اللفظ في الناقل اعتباره فيه بجميع أجزائه
وشرائطه، ففساده واضح؛ لأنّ شروط البيع - كالمالاة والترتيب والتطابق
والاختيار - ليس من الألفاظ، وإن أراد اعتباره فيه في أجزائه فقط، فنسلّمه
ونقول: أنّه لا يقتضي اعتبار اللفظ في الإجازة؛ لأنّها شرط لا جزء، نعم بناء على
جزئيتها ينبغي أن يفصل بين كون المجاز عقداً لازماً فيعتبر اللفظ في إجازته،
وبين كونه جائزاً فلا يعتبر.

هذا، مضافاً إلى منع الكبرى؛ لأنّ النكاح من العقود اللازمة مع أنّه يكفي
في إجازته الفعل، أعني السكوت، ولا يعتبر اللفظ.

٢٨ - ٢٧/١٣٥

قوله: تعيّن القول بكفاية نفس الرضا.

أقول: هذا بناء على شمول العمومات لعقد غير المالك - حتى قبل إضافته إليه - متين يصحّ الاستشهاد عليه بكلمات أكثر العلماء والاستدلال عليه بالعمومات، وأمّا بناء على عدم شمولها له إلا بعد إضافته وانتسابه إليه - كما يظهر من كلمات المصنف في ذيل الإيراد الثاني على ثاني وجهي الاستدلال على الكشف، وإن كان يظهر من بعضها خلافه كما نشير إليه - فهو غير صحيح، ولا يصحّ الاستشهاد المزبور والاستدلال المذكور.

٣٠/١٣٥

قوله: لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.

أقول: يعني فإذا كفت الكراهة في الفسخ فمقتضى المقابلة كفاية الرضا في الإجازة، ويمكن الخدشة في دلالة الحلف على عدم الإذن على الكراهة بأنّه أعمّ منها، فالحقّ في الفرع المذكور أنّ المعاملة بعد الحلف تكون فضوليّة موقوفة على الإجازة لا منفسخة بالمرّة.

٢٩/١٣٥

قوله: كالصريح فيما ذكرنا.

أقول: يعني الصراحة في كفاية نفس الرضا وأنّه تمام المناط، ولا دخل للكاشف أصلاً إلا من باب الطريقيّة الصرفة بعد ضمّ ما ذكره بقوله: «ثم إنّ الظاهر»، وإلاّ فهو بانفراده كالصريح في خلاف ما ذكره؛ حيث إنّ يدلّ على كفاية السكوت لو دلّ على الرضا، فيدلّ على كفاية الرضا المدلول عليه بالفعل، وهو أعمّ من كفاية صرف الرضا.

وبالجملة: لا دلالة على تمام المدعى إلاّ بضميمة ما ذكر، نعم يدلّ على بعضه وهو عدم اعتبار اللفظ، فالأولى أن يقول في العنوان: تعيّن القول بعدم اعتبار اللفظ، ويسوق الكلام إلى قوله: «ثم إنّ الظاهر... إلى آخره» ثم يقول: بل يمكن القول بكفاية صرف الرضا ولو لم يكن هناك قول أو فعل صدر من المجيز يدلّ عليه بل علم بطريق آخر؛ لأنّ الظاهر أنّ كلّ من قال... إلى آخره.

كفاية الرضا

الباطني

والاستدلال

عليه ٣: ٢٤٤

٣٢/١٣٥ قوله: وقد صرّح غير واحد.

أقول: فرق بين المقيس عليه والمقام؛ لأنّ العقد في بيع المكره من جهة صدورهِ من المالك قد تحقّق فيه جهة الإضافة ولم يبق إلّا الرّضا الباطني، بخلاف الفضولي، فإنّ جهة الإضافة فيه أيضاً مفقودة، ولا تتحقّق بالرضا المجرّد عن وجود كاشف من ناحية المالك، فافهم.

٣٣/١٣٥ قوله: وقد ورد فيمن زوّجت نفسها في حال السكر.

أقول: الاستدلال بهذا موقوف على أمرين:

أحدهما: العمل بالرواية ولو في موردها كما هو الحق؛ إذ مع صحّة سندها لا مانع منه، إلّا الشذوذ وهو منتفٍ؛ إذ العمل بها قد حكي عن جماعة كالصدوق والنهاية والكفاية وشرح المفاتيح والمستند، فتأمل.

وثانيهما: أن يكون موردها من صغريات عقد الفضولي المتوقّف صحّته على الرضا المتأخّر عن العقد، بحيث يكون الصحّة فيه على طبق القاعدة؛ إذ لو كان لصرف التّعبد فلا وجه للاستدلال، والطريق إلى ذلك أحد وجهين:

الأوّل: أن يكون العقد قد صدر من الغير بوكالة منها حال السكر، فإنّ العقد بعد بطلان الوكالة لسلب عبارة السكران يكون فضوليّاً، بأن يكون المراد من قوله: «فزوّجت نفسها» أنّها وكلّت في تزويج نفسها.

والثاني: أن يكون العقد قد صدر من نفسها حال السكر لكن مع عدم بلوغ السكر إلى حدٍّ يوجب عدم صحّة التخاطب معها، ولكن مع بلوغه إلى حدٍّ يوجب عدم إدراكها الصلاح والفساد كالسّفيه، فمن الجهة الأولى لا تسلب عبارتها حتى لا تقبل الصحّة بلحوق الرضا، ومن الجهة الثانية يحتاج إلى الرضا بعد زوال السكر ولا يلزم عليها بدونه، كما في عقد السفه المحتاج إلى الرضا منه بعد زوال السفه الذي صرّح المصنّف رحمته الله في أوّل مسألة الفضولي بتعميم الفضولي له:

و غرض العلامة من حملها في محكي المختلف على صورة عدم بلوغ السكر إلى عدم التحصيل هو ما ذكرنا في بيان هذا الوجه الثاني، وعليه لا يتوجّه عليه إشكال صاحب المسالك بعدم إمكان الجمع بين صحّة عبارتها وبين الحاجة إلى الرضا بعده.

وعلى كلا الوجهين تدلّ الرواية على كفاية نفس الرضا حيث إنّ الكهري المطوية لقوله: «فهو رضا منها» هو قوله: «والرضا بالعقد سبب اللزوم» لا أنّ الرضا المستكشف بالإقامة أو الإقامة الكاشفة عنه سبب اللزوم حتى تدلّ على دخالة الإقامة فيه كما توهمه سيّدنا الأستاذ رحمته، ولعلّه لذا أمر بالتأمّل بعده، فالإكتفاء بالإقامة إنّما هو لأجل كونه من أفراد الرضا، غاية الأمر تنزيلاً. لا يقال: كيف يجدي الرضا؟ والحال أنّ الظاهر من قوله: «فانكرت» أنّه بعد الردّ، فلا يكفي في صحّة العقد؛ إذ يعتبر عدم مسبقيّة بالردّ، فلا بدّ من طرحها من هذه الجهة.

لأنّا نقول:

أولاً: لا نسلم ظهوره فيه، لاحتمال أن يكون معناه: أنّها عدّت ذلك أمراً منكراً من جهة صدوره عنها بلا تأمّل في الصلاح والفساد. وثانياً: سلّمنا أنّ معناه كراهة العقد، لكن نمنع كون الكراهة الباطنيّة ردّاً ما لم يكن هناك منها قول أو فعل يدلّ عليها.

وثالثاً: سلّمنا أنّها ردّ مطلقاً لكن لا نسلمه إلّا فيما إذا صدر العقد من الغير، وأمّا إذا صدر من المالك - كما في المكره - فلا ريب في عدم مانعيتها عن تأثير الرضا، وإلّا لما صحّ بيع المكره، والسّرّ في ذلك على تقدير تسليمه أنّ نعمة الردّ عن تأثير الإجازة إنّما هو لأجل منعه عن إضافة العقد إلى المجيز بوسنّه لإجازة، ولا حاجة إلى تحصيل الإضافة إلّا في الصورة الأولى لحصولها في الثانية مع وجود الكراهة من أوّل الأمر.

شروط المتعاقدين / القول في الإجازة والرد (الإجازة وشرط التلفظ بها) ١٢٧

فهذا الإيراد - على تقدير تسليمه - إنما يوجب كون الرواية على خلاف القاعدة من هذه الجهة الموجب لطرحها بناء على حملها على الوجه الأوّل من وجهي تطبيقها على القاعدة دون الوجه الثاني.

وبالجملة: لاشبهة في دلالة الرواية على كفاية الرضا، ولكنها لاتجدي إلا بناء على الوجه الأوّل؛ لأنّه المحتاج إلى تحصيل الإضافة، وهو غير معلوم؛ لاحتمال إرادة الثاني، بل هو أولى بالإرادة؛ لأنّه وإن كان مخالفاً للإطلاق، إلاّ أنّه أهون من مخالفة الظاهر على الوجه الأوّل.

هذا مضافاً إلى أنّه مبنيّ على مخالفة الظاهر من غير قرينة عليه، فلايجوز، فيعمل بها في موردها فقط ويخصّص بها القواعد الدالّة على خلافها، فلايصحّ الاستناد إليها في الحكم بكفاية الرضا في غير موردها فيما إذا اقتضت الأدلّة عدم كفايته، فتأمل جيّداً وافهم واغتنم.

قوله: أقوى حجّة في المقام. ١/١٣٦

أقول: لا وجه له إلاّ بناء على شمول العمومات لعقد غير المالك قبل انتسابه إليه، وفيه ما فيه.

قوله: من أنّ سكوت المولى.

أقول: حمل الإقرار على السكوت في الخبر مضرّ بالاستدلال؛ لاحتياج مفهومه إلى أزيد من الرضا، هذا مضافاً إلى الفرق بين الفضولي من جهة صدور العقد من غير من يكون العقد له وبينه، من جهة اعتبار رضا شخص آخر فيه كالمولى في تحقّق الإضافة إلى من يكون العقد له في الثاني من أوّل صدوره دون الأوّل، فاعتبار الرضا في الأوّل إنّما هو لأجل تحصيل هذه الإضافة، وقد مرّ أنّه مجرّداً عن وجود كاشف عنه من قبل المالك لا يكفي فيه، ومن هذه الإضافة يظهر الخدشة في الاستدلال بما دلّ على أنّ قول المولى... إلى آخره، وبما دلّ على أنّ المانع... إلى آخره.

٨/١٣٦

قوله: إلّا أن يلتزم إلى آخره.
أقول: فيه ما فيه.

هل يكفي
الرضا مقارناً
للعقد أو سابقاً
عليه
٣: ٤٢٥-٤٢٦

[الثالث: عدم سبق الرد للإجازة]

٩/١٣٦

قوله: ما يلحقه الإجازة فتأمل.

اعتبار عدم
سبق الرد في
الإجازة ٣: ٤٢٦

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ قاعدة السلطنة معارضة بالمثل؛ حيث إنّ مقتضاها تأثير الإجازة بعد الردّ، أو إشارة إلى أنّ القاعدة أجنبيّة عن مرحلة تشريع الأسباب، والشكّ في المقام في سببيّة الردّ المتعقّب للإجازة لقطع علاقة الطرف الآخر، فلا مورد للقاعدة؛ لأنّه من قبيل السلطنة على الحكم لا المال.

١٢/١٣٦

قوله ﷺ: نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة.
أقول: قد مرّ في السابق منع ظهورها.

[الرابع: هل تورّث الإجازة؟]

قوله ﷺ: الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله. ١٦-١٥/١٣٦

أقول: يعني على ماله الوارد عليه عقد الفضولي المقصود إجازته، فإجازة المجيز لا بدّ في صحّتها وتأثيرها من تعلّقها بالعقد الوارد على مالٍ كان للمجيز لولا ذاك العقد المجاز، كما أنّ البيع لا بدّ في صحّته من تعلّقه بمالٍ كان للبائع لولا البيع، ولا يلزم في صحّتها تعلّقها بمال المجيز حين الإجازة حتى يقال: إنّهُ يلزم من وجودها عدم بناءً على الكشف الحقيقي إمّا بنحو التعقّب أو بنحو الشرط المتأخّر وهو محال، بل لا يعقل ذلك؛ إذ مفهوم الإجازة من جهة أنّه إمضاء فعل الغير قد أخذ فيه تعلّقه فيما نحن فيه بالعقد الوارد على ماله من الفضولي، وهو غير قابل لأن يتحقّق بدون ورود عقد منه عليه؛ إذ لا يصحّ أن يقال: أجزت مالي، وقياس الإجازة على مثل البيع من أنحاء السلطنة على المال فاسد؛ حيث إنّ الإجازة من آثار السلطنة وأحكامها لا من أنحاء نفس

شروط المتعاقدين / القول في الإجازة والردّ (إجازة البيع وقبض الثمن) ١٢٩

السلطنة في عرض البيع، بخلاف المقيس عليه، فإنّه عين السلطنة؛ ولذا يصحّ حمل السلطنة على المال على البيع دون الإجازة.

الإجازة لا
تورث ٣: ٤٢٧

أقول: يظهر الفرق بينهما كما ذكره السيّد الأستاذ رحمه الله فيما إذا لم يكن المبيع قابلاً للانتقال كالعقار فيما إذا كان الوارث الزوجة؛ إذ بناء على أنّ الإجازة من الأحكام وموضوعها صاحب المال المبيع، فليس لها الإجازة؛ لانتهاء الموضوع، بخلافه بناء على كونها من الحقوق القابلة للإرث؛ فإنّ لها الإجازة حينئذٍ.

وأيضاً يظهر الفرق في صورة تعدّد الورثة، فإنّه يتبعّض الإجازة في التأثير بمقدار نصيب المجيز في المبيع على الأول، وأمّا على الثاني من جواز إرثها بدون إرث المال كما في الزوجين، فيجري فيه الخلاف المذكور في إرث الخيار.

[الخامس: إجازة البيع وقبض الثمن]

إجازة البيع
ليست إجازة
لقبض الثمن
أو المثلث
٣ : ٤٢٨ - ٤٢٩

قوله: فوقوعه من الفضولي على وجه... إلى قوله: لا يخلو عن صعوبة.

أقول: يتّجه عليه أنّه إن أراد من «حكم العقد الفضولي» الحكم الكبروي، أعني: الصحة بالإجازة بعد الفراغ عن إحراز الصغرى، فلا يحتاج إلى دليل معتم؛ ضرورة كفاية أدلّة صحّة القبض بعد الإجازة مع إحراز الصغرى؛ وإن أراد منه الحكم الصغروي، أعني: صيرورة عقد الفضولي عقد المالك المجيز بعد الإجازة، فالاحتياج إليه، الدليل المعتم مسلّم إلّا أنّ إتمامه في غاية السهولة؛ لأنّ الدليل عليه وهو اعتبار أهل العرف لا يختصّ بالعقد، بل هو جارٍ في القبض أيضاً.

نعم لو قلنا بأنّ صحّة عقد الفضوليّ على خلاف القاعدة قد دلّت عليها

أدلة خاصة، أو قلنا بأن مقتضى القاعدة في الإجازة هو النقل، وإنما ثبت الكشف في العقد من جهة الأخبار الخاصة؛ كان للاحتياج - في صحة قبض الفضولي على الأول في كشف الإجازة عن الصحة من حين القبض على الثاني - إلى الدليل المعمّم وجه، لكن يبقى أيضاً سؤال الفرق بين جزئية الثمن وكليته. قوله: أو بطلان ردّ القبض وجهان.

٢٤/١٣٦

أقول: لعلّ الأوجه منهما بطلان إجازة العقد وردّ القبض؛ لعدم إمكان صحتهما معاً وبطلان الترجيح بلا مرجح، فيحكم بسقوطهما معاً، فيبقى العقد والقبض على مالهما من الصحة التأهيلية، فللمالك تصحيح العقد بالفعل بإجازتهما وإبطاله بردهما.

[السادس: في فورية الإجازة]

٢٥/١٣٦

قوله: على القول بالكشف.

الإجازة ليست
فورية ٣: ٤٢٩

أقول: بخلافه على النقل؛ إذ بناء عليه يجوز له التصرف فيما انتقل عنه، وقد تقدّم أنّ الظاهر جوازه فيه على القول بالكشف أيضاً. وكيف كان، فقوله: «فالأقوى تداركه بالخيار» صحيح فيما لو كان جاهلاً بالفضولية، وإلاّ ففيه نظر؛ لإقدامه على الضرر ولو في بعض الصور.

[السابع: في مطابقة الإجازة للعقد]

٢٩/١٣٦

قوله: ولذا لا يؤثر بطلان الجزء، بخلاف بطلان الشرط.

الأقوى
التفصيل
٣: ٤٢٩ - ٤٣٠

أقول: قضية هذا، وكذا قوله فيما بعد: «أقواها الأخير» - يعني به: أنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط - أنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد عند المصنّف ومختاره، فينافي اختياره عدم الإفساد في باب الشروط. والتحقيق بحسب القاعدة هو الإفساد، فلو دلّ دليل على عدمه فنقتصر على مورده ونحمله على تعدّد المطلوب حذراً عن لزوم التخصيص في القاعدة العقلية، وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك هناك إن شاء الله تعالى.

[• القول في المجيز وشروطه]

[١ - البلوغ]

٣٢/١٣٦ قوله: جائز التصرف بالبلوغ.
أقول: هذا مضافاً إلى اعتبار جواز تصرفه بمالكيتته للمبيع حين الإجازة
لولا العقد المجاز.
اعتبار كون
المجيز جائز
التصرف حال
الإجازة ٣: ٤٣١

[٢ - في اشتراط وجود المجيز لصحة عقد الفضولي]

٣٣/١٣٦ قوله: الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين
العقد؟
هل يشترط
وجود مجيز
حين العقد؟

أقول: مقتضى تقدّم الذات على الوصف أن يجعل هذا أولاً، والأوّل ثانياً.
قوله: أوّلهما للعلامة في ظاهر القواعد.
٣٤/١٣٦

أقول: قال في القواعد: والأقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال،
فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال. انتهى.
٣٥-٣٤/١٣٦ قوله: واستدلّ له بأنّ صحة العقد والحال هذه ممتنعة.

أقول: المستدلّ المحقّق الثاني في جامع المقاصد.

وفيه: أنّه إن أراد من صحة العقد صحّته الفعلية، فامتناعها في حال عدم
المجيز مسلم، لكن لم يدّعها أحد؛ وإن أراد صحّته التأهيلية وصلاحيته للتأثير
ولو بعد المجيز وإجازته قبال فساد به بالمرّة، فامتناعها ممنوع، واشتراط الصحة
التأهيلية أيضاً بوجود المجيز حين العقد مصادرة بيّنة؛ إذ غاية ما يستفاد من أدلّة
اعتبار الإجازة الملازم لاعتبار المجيز هو اعتباره في الصحة الفعلية الملازم
للزوم في المقام.

٣٥/١٣٦ قوله: لإمكان عدم الإجازة ولعدم المقتضي.

أقول: العلة الأولى ناظرة إلى شرطية الإجازة للسبب ولو بنحو الشرط

المتأخر، والثانية إلى جزئيتها له.

قوله: فيتدارك بما يتدارك به صورة النقض. ٣-٢/١٣٧

أقول: مراده من الموصول هو الخيار، ومن صورة النقض ما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة.

قوله: وإهماله الإجازة إلى بلوغهم. ٣/١٣٧

أقول: التقييد بذلك لتضمن الأخبار المزبورة لإجازة الصغار بعد البلوغ، فلا تشمل صورة إجازة الولي الموجود حين العقد قبل البلوغ.

قوله: وصورة عدم وجود الولي. ٤-٣/١٣٧

أقول: وجه الاستدلال بهذه الأخبار شمولها لهذه الصورة.

قوله: على خلاف فيه.

أقول: هذا راجع إلى الوصي.

قوله: وكيف كان فالأقوى عدم الاشتراط.

مختار المؤلف
٤٣٢ : ٣

أقول: نعم بناء على المختار من كون صحة الفضولي على طبق العمومات والإطلاقات؛ ضرورة شمولها لمحل الكلام؛ وأما بناء على أن صحته لأجل الأخبار الخاصة فالأمر مشكل؛ لاختصاص موارد بها بصورة وجود المجيز، بل الأقوى حينئذ هو الاشتراط اقتصاراً على المتيقن في مخالفة الأصل.

قوله: فإن أريد وجود ذات المجيز. ٩-٨/١٣٧

أقول: هذا إيراد على المنتصر بطور التشقيق فيما يصح أن يريده العلامة بأمر على شق وبآخر على آخر، يعني: إن كان مراد العلامة من المجيز الذي مثل لعدم وجوده ببيع مال اليتيم فات المجيز مطلقاً، فاعتراض البيضاوي وارد عليه، والجواب عنه بعدم التمكن من الوصول إلى الإمام لا يدفعه، فلا يصح للمنتصر تسليم اندفاعه به.

مثال العلامة
لعدم وجود
المجيز حين
العقد
٤٣٢ : ٣

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (في اشتراط وجوده لصحة عقد الفضولي) .. ١٣٣

وإن كان مراده وجوده مع قيد التمكن من إجازته، فالجواب المذكور صحيح يندفع به الاعتراض، وتسليمه في محله إلا أن الانتصار بإيراد وجود نائب الإمام في غير محله لتأتي الجواب المذكور فيما انتصر به؛ ضرورة إمكان انتفاء قيد التمكن من الإجازة فيه كما ذكره المصنف رحمته الله.

٩/١٣٧ قوله: بعدم التمكن من الامام عليه السلام.

أقول: الجارّ متعلق بالدفع.

١٠/١٣٧ قوله: والمحقق الثاني.

أقول: في حاشية القواعد.

قوله: فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط.

أقول: يعني فيرجع الكلام في اشتراط وجود المجيز حال العقد، بناء على تقييد المثال من كون العقد على خلاف المصلحة إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز الموجود، مثل رجوعه إليه بناء على ما ذكره العلامة في جواب البيضاوي، غاية الأمر بناء على ما ذكره يكون عدم إمكان الفعلية من جهة فقدان المصلحة، وعلى ما ذكره العلامة يكون عدم إمكانها من جهة عدم التمكن من عدم وصوله عليه السلام.

وبالجملة: مرجع الكلام في اشتراط ذلك على كلّ تقدير إلى الكلام في اشتراط إمكان الإجازة حال العقد؛ لا إلى اشتراط وجود من من شأنه الإجازة، ولولا يمكن له حال العقد؛ لأنّ البحث عن ذلك لغو صرف؛ ضرورة أنّ الاشتراط بشيء لا بدّ وأن يكون للاحتراز عن الصورة الفاقدة له، وهي منتفية في المقام؛ لأنّ عدم وجود ذات من شأنه الإجازة في الأموال فرض غير واقع؛ إذ لا أقلّ من وجود المالك، فيكون الاشتراط ممّا لا وجه له إلا الاحتراز عن الصورة الفرضية ولا نعني من اللغوية إلا هذا، فلا بدّ أن يكون مرجع الكلام فيه إلى ما ذكر.

[٣ - عدم اشتراط كون المميز

جائز التصرف حين العقد؟]

قوله: الثالث لا يشترط في المميز كونه.
أقول: يعني لا يشترط فيه ذلك لا واقعاً ولا اعتقاداً، فيصح الإجازة من المميز مع كونه غير جائز التصرف حال العقد، إمّا واقعاً واعتقاداً معاً كما في غير المسألة الثالثة، أو اعتقاداً فقط كما في المسألة الثالثة.

هل يشترط
كون المميز
جائز التصرف
حين العقد؟
٤٣٤ : ٣

قوله: وعدم المقتضي قد يكون.
أقول: مراده من مقتضى التصرف هو السلطنة وعدمها، قد يكون مُستنداً إلى عدم المقتضي لها وانتفاء موضوعها وهو المالكية، وقد يكون مستنداً إلى وجود المانع كالحجر عن التصرف بسفه أو صغر أو جنون أو غيرها.

١٢/١٣٧

[المسألة الثانية^(١): لو لم يكن

جائز التصرف بسبب عدم الملك]

قوله: ثم البائع الذي يشتري الملك.
أقول: الأولى في مقام التشقيق تبديل هذا بقوله: الذي يتجدد الملك له، وعليه يكون أقسام كون المالك الجديد هو البائع الفضولي ثمانية، وكذلك إذا كان هو غير البائع، فيكون أقسام هذه المسألة ستة عشر.
ثم إنّ المراد من الاشتراء: هو المثل للانتقال الاختياري، فلا تغفل.

١٧/١٣٧

من باع شيئاً
ثم ملكه ٣: ٤٣٥

قوله: فظاهر المحقق.
أقول: قال سيّدنا الأستاذ رحمه الله: إنّ هذا مبتدأ سقط من العبارة، خبره وهو قوله: «صحة البيع مع الإجازة» قبل قوله: «في باب الزكاة» أو بعد قوله. انتهى.
قوله: فافتقر بيعها إلى إجازة.

١٩/١٣٧

لو باع لنفسه
ثم اشتراه
وأجاز ٣: ٤٣٥

٢١/١٣٧

(١) المسألة الأولى لم يتطرق إليها الشارح.

أقول: أي لزوم بيع الزكاة.

١٨-١٧/١٣٧ قوله: فيقع الكلام في وقوعه.

أقول: تفريع على عدم إجازته.

٢٠/١٣٧ قوله: لأنّ العين مملوكة.

أقول: يعني لأنّ مقدار الزكاة من عين النصاب مملوكة للفقراء.

٢٢/١٣٧ قوله: كتعلق الدين بالرهن.

أقول: يعني أنّ الزكاة في ذمّة مالك النصاب وللفقير حقّ استنقاذ الزكاة

من العين، كما أنّ للمرتهن حقّ استنقاذ الدين من العين المرهونة، وهذا الوجه قويّ عندي جداً.

٢٣/١٣٧ قوله: وبهذا القول صرح.

أقول: يعني القول بالصحة مع الإجازة.

قوله: ومال إليه بعض المعاصرين.

أقول: مراده من البعض الأوّل صاحب الجواهر^{رحمته}، ومن الثاني والثالث

صاحب المقابس^{رحمته}.

٢٤/١٣٧ قوله: والأقوى هو الأوّل للأصل.

أقول: لعلّ المراد من الأصل أصالة اشتراط مالكيّة المجيز حال العقد،

الرّاجع إلى أصالة العموم والإطلاق، فيكون العطف للتفسير، وإلا فلا وجه للجمع بينه وبين العمومات، فتأمل.

٢٥/١٣٧ قوله: وربّما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك.

أقول: إن أراد من الموصول أجوبة الإشكالات المذكورة كي يكون

المعنى: وربّما لا يجري في المقام بعض الأجوبة عن الإشكالات المذكورة في

بيع الغاصب لنفسه، ولعلّه الظاهر من ملاحظة قول المصنّف في ذيل الإشكال

عليه: «وربّما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك»، ففيه: إنّ كلّها

من باع شيئاً
ثم ملكه ٣: ٤٣٥

لو باع
لنفسه ثم
اشتراه وأجاز
٣: ٤٣٥-٤٣٦

الأقوى الصحة
٣: ٤٣٧

مما أورده
المحقق
القسري على
الصحة ٣: ٤٣٧

يجري هنا أيضاً فلاحظها.

وإن أراد منه الإشكالات على صحة بيع الغاصب لنفسه وأراد من البعض الذي لا يجري هنا مخالفة المُجاز للمنشأ، كي يكون هذا الكلام بمنزلة الاستدراك، فكأنه قال: وقد مرّ الإشكال في صحة بيع الفضولي لنفسه، نعم لا يجري في المقام من أفراد بيعه لنفسه بعض ما ذكر هناك لكن مجرد عدم جريان بعضه لا يكفي في الصحة مع جريان البعض الآخر؛ ففيه: أنه لا وجه حينئذٍ لقوله: «وربما يسلم هنا» إلا أن يريد أنه قد عرفت صحته في صحة ورود جميع الإشكالات فكيف في صورة سلامته عن بعضها؟

٢٧/١٣٧

قوله: اكتفينا بحصول ذلك.

أقول: اسم الإشارة راجع إلى كلّ واحد من الرضا والقدرة على التسليم.

قوله: والفرض عدم إجازته.

أقول: إذ المفروض أنه - أي المالك حين العقد - باعه من العائد الفضولي.

٣١/١٣٧

قوله: على الأصحّ مطلقاً.

أقول: يعني حتّى في مثل من باع ثمّ ملك.

ثمّ لا يخفى أنّ هذا الوجه والرابع والخامس جارٍ على القول بالكشف

فقط، بخلاف الأوّل والثاني والسادس والسابع؛ إذ لا فرق فيها بين القولين.

٣٢/١٣٧

قوله: وفيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً.

أقول: لنا أن نقول بكاشفية الإجازة في جميع الموارد عن خروج الملك

عن ملك المجيز من حين العقد.

ونجيب عن إشكال لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه

بوجه آخر، بأن نقول: إنّ الظاهر من آية وجوب الوفاء بالعقود - ولو

للانصراف - هو وجوب الوفاء على ذوي الأموال، ووجوب العمل بمقتضى

العقد عند المتعاقدين المنتسب إليهم ولو من جهة الإجازة، وإظهار الرضا بذلك

الإيراد الثالث

و جوابه

٣ : ٤٣٨ - ٤٣٩

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٣٧

العقد الواقع على أموالهم بما هي أموالهم المضافة إليهم والمختصة بهم، لا على ذات الأموال. ولو لم تكن كذلك، فموضوع وجوب الوفاء قد أخذ فيه أمور ثلاثة: وجود أصل العقد، وإضافته إلى المكلّف بنحو من الانحاء، ووقوعه على ماله بما هو ماله، والأمر الأخير لا يتحقّق بالقياس إلى المالك الثاني المفروض إجازته المحصّلة للأمر الثاني إلّا بعد صيرورته مالاً لذلك المال المبيع كما هو ظاهر.

ثم إنّ مقصود المتعاقدين ليس إلّا كون وقوع العقد على مال المالك بما هو هو بمجرّده سبباً تامّاً لخروج المال عن ملك عنوان المالك، ومقتضى ذلك بالملازمة - على ما مرّ غير مرّة - قصد خروج المال عن ملك المال من حين وقوع العقد عليه بعنوان أنّه مال مضاف إليه.

والحاصل: أنّ معنى الآية وجوب الوفاء على صاحب المال والعمل بمقتضى وقوع عقده على ماله بما هو ماله المضاف إليه بحسب قصد المتعاقدين، ولو كان خروج المال عن ملك صاحبه بما هو صاحبه من حين وقوع العقد على ذلك المال بعنوان مال المكلّف بوجوب الوفاء، ولازم هذا المعنى حصول الملكية فيما نحن فيه من حين مالكيّة المجيز بعد تحقّق إجازته بناء على الكشف كما هو مبنى الإشكال، لا من حين صدور العقد؛ إذ موضوع وجوب الوفاء العقد الواقع على مال المكلّف بالوجوب، ولا يصدق هذا العنوان إلّا من حين مالكيّة البائع الفضولي.

ومن البيان المذكور يظهر فساد توهم التنافي بين القول بحصول الملكية للمشتري الأوّل من حين ملكيّة المشتري الثاني على تقدير إجازته، وبين وجوب العمل بمقتضى العقد حسب ما قصده المتعاقدان من حصول الملكية للمشتري من الفضولي من حين العقد؛ لأنّ قصدهما حصولها من حين وقوع العقد ووروده على المعنون بعنوان مال من وجب عليه الوفاء ولو عرفاً بل ولو

عندهما، ومن المعلوم أنَّ زمان وقوعه عليه كذلك متّحد مع زمان مالكيّة البائع الفضولي، وليس قصدهما حصولها من حين وقوعه على ذات المال ولو لم يكن مضافاً إلى المكلف.

وبالجملة: الإجازة كاشفة عن حصول الملكية للمشتري من حين وقوع العقد على مال المجيز في جميع الموارد، غاية الأمر تحقق هذا العنوان عند وقوعه على ذات المال في بعض الموارد، كما إذا كان المجيز هو المالك قبل صدور العقد وتوقّفه على شيء آخر في بعضها كما فيما نحن فيه، وهذا غير مضرّ بالمطلب، ولو أغمضنا عمّا ذكرنا لأنّ المناقشة فيما ذكره المصنّف بأنّ فرض صحّته بالدليل مع القول بالكشف عن خروج الملك حين الانتقال إلى المجيز جمع بين النقيضين على القول بالكشف؛ إذ قضيّة أدلّة الكشف الراجعة إلى لزوم كون المؤثّر في الملك هو العقد وحده استقلال العقد في التأثير، وقضيّة القول بالكشف من زمان الانتقال إلى ملك المجيز لا من زمان العقد عدم استقلاله فيه وللإجازة دخل فيه.

وبالجملة: عقد الفضولي - بعد ملاحظة ما هو قضيّة أدلّة الكشف كالدليل الثاني منها - لا يندرج في آية وجوب الوفاء ونحوها من أدلّة الصحة كي يصحّ، إلّا إذا كان مستقلاً في التأثير وإلا فلا يندرج فيها، فلا يصحّ، ولا مجال لاستقلاله مع عدم حصول الملك من زمانه وتأخّره عنه؛ لاستلزامه تخلف الأثر عمّا فرض مؤثراً، وهو ممتنع عقلاً، فلا بدّ من الالتزام بخروجه عن أدلّة الصحة، ومعه كيف يمكن دعوى الصحة؟

ثم إنّه ظهر ممّا ذكرنا الجواب الحقيقي عن الإشكال الرابع والخامس أيضاً، وتقريبه واضح فلا نعيده بعد، فافهم واغتنم.

قوله: فإن كان لا بدّ من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة أو في القول.

يعني فإن كان لا بدّ من الكلام في الصحة في المسألة والقول بالبطلان،

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٣٩
فينبغي أن يكون ذاك الكلام والبحث في وجه الصحة إما في العموم المقتضي للصحة، بمنع شموله للمسألة، وإما في القول بالكشف بإثبات أن الواجب المعتبر فيه عقلاً أو شرعاً هو الكشف عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد، وأن الكشف عن خروجه عنه من زمان ملكه مستلزم للمال العقلي أو الشرعي.

الإيراد الرابع
٣: ٤٣٩ - ٤٤٠

٦/١٣٨ قوله: الرابع أن العقد الأول.

أقول: يعني أن صحة العقد الأول موقوفة على صحة إجازة الفضولي، وهي موقوفة على مالكية الفضولي حين الإجازة، وهي موقوفة على صحة العقد الثاني، وهي موقوفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي... إلى آخر ما في المتن.

٨/١٣٨ قوله: فوجود الثاني.

أقول: المراد من الثاني «ملك المشتري من البائع الفضولي»، والمراد من الأول «ملك المالك الأول الأصلي»، والضمير في «وهو موجب» راجع إلى الأول، يعني فوجود ملك المشتري من الفضولي للمبيع فيما بين زمان العقد والإجازة كما هو قضية كاشفة الإجازة يقتضي عدم ملك المالك الأول في ذلك الزمان، وملك المالك الأول له فيه موجب لعدم ملك المشتري له فيه أيضاً، فيلزم وجود ملك كل واحد منهما له وعدمه في زمان واحد، أعني ما بين زمني العقد والإجازة.

١١/١٣٨ قوله: قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً.

أقول: هذا ممنوع لما ذكره المصنف بعيد هذا، من كون المالكية الواقعية شرطاً في الإجازة، فالجواب الحاسم لمادة الإشكال عن مطلق الفضولي: أن الإجازة إنما يلزم فيها ملك المالك واقعاً حين الإجازة لولا العقد المجاز ومع قطع النظر عن وقوعه، كما أنه يلزم في أصل البيع ملك البائع للمبيع واقعاً مع

قطع النظر عن نفس هذا البيع، ولا يلزم فيها الملك الواقعي حتى مع ملاحظة وقوع العقد المجاز وتأثيره.

قوله: فقلوله صحة الأول يستلزم.

١٤/١٣٨

الجواب عن
الإيراد الرابع
٤٤٠-٤٤٣

أقول: يعني استلزام صحة العقد الأول كون المبيع ملكاً للمشتري الأول في زمان كونه ملكاً للمالك الأصلي، أعني زمان ما بعد العقد الأول إلى زمان العقد الثاني، ممنوع، وإنما الذي يستلزم صحته بالنسبة إلى ملك المشتري بناء على الكشف بالمعنى الذي يلتزم به القائل بالصحة مالكيته بعد زمان العقد الثاني، وحينئذٍ يختلف زمان ملكية المالك الأصلي وزمان ملكية المشتري؛ لأن الأول ما قبل العقد الثاني، والثاني ما بعده.

وبالجملة: فالمنع في كلامه راجع إلى مالكية المشتري في زمان مالكية المالك الأصلي، فالأحسن في التعبير أن يقول: واستلزام صحة العقد كون المال ملكاً للمالك بين العقدين أيضاً مسلّم، وأمّا استلزامها كونه ملكاً للمشتري في ذلك الزمان ممنوع، بل هي تستلزم انتقال العين من ملك المالك المجيز إلى المشتري، ولازمه مالكيته بعد زمان العقد الثاني.

قوله: فلا وجه لإعادته بتقرير آخر.

١٦/١٣٨

أقول: مجرد اتحاد الإشكاليين في المبنى لا يوجب كون أحدهما إعادة للآخر بتقرير آخر، ولا يخفى أن مناط الإشكال الأول في المقام: لزوم خروج الملك عن ملك المجيز قبل دخوله فيه مع قطع النظر عن لزوم اجتماع المالكيين، ومناط الإشكال الثاني: لزوم اجتماعهما مع قطع النظر عن الخروج قبل الدخول، فالفرق بينهما بالمعاكسة، فكيف يمكن أن يكون أحدهما عين الآخر باختلاف التقرير؟

نعم، مبناهما كاشفية الإجازة من حين العقد، وقد مرّ أن وحدة المبنى لا توجب وحدة الإشكال.

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٤١

١٨/١٣٨ قوله: نعم يلزم من ضمّ هذا الإشكال.

أقول: مع ضمّ كون ملك المشتري من أوّل حدوثه متلقياً من المجيز، كما يدلّ عليه قوله في تعليل ملكيّة العاقد: «لأنّ ملك المشتري»؛ إذ مع قطع النظر عن هذه القضية لا يجتمع إلّا مالكين: المالك الأصلي والمشتري قبل العقد الثاني، والمالك الجديد المجيز والمشتري فيما بعده.

٢٠/١٣٨ قوله: ثمّ إنّ ما أجاب.

أقول: يعني به قوله: «قلنا يكفي في الإجازة».

٢٣-٢٢/١٣٨ قوله: لأنّ المالكيّة من الشرائط الواقعيّة.

أقول: نعم، لكن لا مطلقاً، بل مع قطع النظر عن تأثير العقد المجاز كما مرّ.

٢٥/١٣٨ قوله: شرطاً متأخراً يوجب.

أقول: أي شرطاً متأخراً عن ذات المشروط يوجب حدوثه تأثير السبب

المتقدّم، أي انقلاب السبب المتقدّم عليه ذاتاً عن صفة كونه غير مؤثّر حين وجوده إلى كونه مؤثراً من حين وجوده.

٢٦/١٣٨ قوله: الخامس أنّ الإجازة المتأخّرة.

الإيراد الخامس
وجوابه ٣: ٤٤٣

أقول: يعني إجازة الفضولي وهو المشتري الثاني، والمراد من العقد

الثاني هو العقد الصادر من المالك الأصلي، وضمير «ما أو إجازته» راجع إلى المشتري الأوّل.

٢٧/١٣٨ قوله: كما لو بيع.

أقول: أي بيع المبيع فضولاً ثانياً من شخص آخر غير البائع الفضولي،

وكذلك لو بيع فضولاً ثانياً من البائع الفضولي، فلا وجه للتقييد بكونه من

شخص آخر، بل كان ينبغي أن يقول: كما لو بيع المبيع ثانياً فضولاً، كما

لا يخفى.

٢٩/١٣٨ قوله: ودون تمامه.

أقول: هذا عطف على «لا عوض» المجرور بالباء، يعني: تملك المبيع بما هو ناقص عن تمام الثمن الأول إن زاد هذا عن الثمن في العقد الثاني، كما أن قوله: «ومع زيادة» عطف على الجارّ والمجرور كليهما.

٣٣/١٣٨

قوله: فإنّها تقتضي تملك المالك للثمن الأول.

الإيراد السادس
وجوابه ٣: ٤٤٤

أقول: فيه نظر؛ لأنّه إن أريد من المالك: المالك الثاني، يعني البائع الفضولي، فما ذكره من الاقتضاء مُسلم، إلّا أنّ عدم مجامعته مع تملك المالك الأول للثمن الثاني ممنوع؛ وإن أريد منه المالك الأول فالأمر بالعكس. نعم لو كان البحث في إجازة المالك الأول كان لما ذكره وجه، لكنّه أجنبيّ عن محلّ البحث؛ لأنّه في إجازة المالك الثاني، اللهمّ إلّا أن يكون نظره إلى الكشف من حين العقد، فإنّه يتمّ ما ذكره، لكن مرّ الجواب عنه.

٣٥/١٣٨

قوله: والجواب: إنّ فسخ الفضولي.

أقول: لا يتمّ هذا الجواب بناء على ما يظهر من تعبير المصنّف مثل صاحب المقابس من كون الردّ مثل الفسخ حلاً للعقد بل عينه؛ ضرورة كون حلّ العقد ليس أمراً قابلاً للوجود بالنسبة إلى شخص والعدم بالنسبة إلى آخر، فالصواب في الجواب أن يقال: إنّ الردّ غير الفسخ؛ لأنّه عبارة عن إبداء المانع عن إضافة العقد إلى المجيز بالإجازة مع بقاء العقد على ما هو عليه قبل الردّ، ولأريب في كون هذا المعنى قابلاً للوجود بالنسبة إلى شخص كالمالك الأول، والعدم بالنسبة إلى آخر كالمالك الثاني.

٢٦/١٣٩

قوله: والجواب عن العمومات.

الجواب عن
الإيراد السابع
٣: ٤٤٩-٤٥٣

أقول: وأولى من ذلك أن يقال: إنّ غاية ما يدلّ عليه العمومات هو النهيّ الوضعيّ الإرشاديّ الذي مرجعه إلى الفساد، بمعنى عدم ترتّب الأثر المقصود من المنهيّ عنه على بيع ما ليس عندك بما هو كذلك ومعنون بهذا العنوان، فكأنّه قال: لا توجد بيع ما ليس عندك؛ فإنّ وجوده غير مؤثّر، وقضيّة ذلك الفساد

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (للملك) ١٤٣

ما دام يصدق عليه هذا العنوان لا مطلقاً حتى إذا انقلب إلى ضده وصار من بيع ما عنده؛ لصيرورة الفضولي البائع لنفسه مالاً للمبيع، فإنّه من هذا الزمان يدخل تحت العمومات، فلا وجه للفساد.

فعلى هذا يكون خروج ما نحن فيه قبل زمان التملك عن تحت عمومات الصحة من باب التخصيص، لا التخصيص كما في بيع الغرر ونحوه ممّا خصّص به العمومات، كما يظهر من سيّدنا الأستاذ رحمته حتى يورد عليه بعدم الدليل على الصحة بعد فرض خروجه عن العمومات؛ إذ لا معنى لشمولها بعد ذلك؛ وذلك لأنّ موضوع أدلّة الصحة - كما مرّ غير مرّة - هو العقد والبيع الوارد على مال العاقد والبائع ولو بواسطة الإجازة، ولا يتحقّق هذا فيما نحن فيه إلّا بعد تملكه للمبيع.

وبالجملة: مقتضى الأخبار العامة عدم تحقّق البيع قبل التملك، فلا يكون القول بتحقيقه بعد التملك مجرداً أو مع الإجازة بواسطة عمومات صحة البيع مخالفة لتلك الأخبار، ومن هذا يظهر الجواب عن الأخبار الخاصة أيضاً، فتدبر جيّداً.

٣١-٣٠/١٣٩ قوله: مدفوع بأنّ التسليم إذا وقع.

أقول: لا يخفى أنّ الأولى في التعبير أن يقول: إنّما وقع، أو يسقط كلمة «فهذا» في قوله: «فهذا لا يعدّ إجازة».

ثمّ إنّ الضمائر في «كونه» و«أنّه» و«فيه» و«عليه» راجعة إلى التسليم.

٢٩/١٣٩ قوله: فكذا بعده.

أقول: لصدق المنهّي عنه، وهو المواجهة قبل الاستيجاب فيما نحن فيه.

٣٥/١٣٩ قوله: لكن الظاهر بقرينة.

أقول: من حيث التعبير بصيغة المفاعلة الدالّة على المشاركة بين اثنين. وفيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الاستفصال في قوله: «إن شاء أخذ» استفصالياً

من حيث الحكم الشرعي، أعني: اللزوم من الطرفين كما استظهره في الدفع؛ فإنه ينتج ذلك بمقتضى ما ذكره في الدفع خروج مسألتنا عن مورد البأس في الرواية، ولو قلنا باللزوم من طرف المشتري الأصيل، لكنّه ممنوع؛ لأنّ عدم حصول اللزوم من الطرفين بالكلام المتقدّم على الاشتراء - ولو كان عقد البيع فضلاً عن صرف المقابلة التي استظهر إرادتها من الاستفصال في تقرير الدفع - أمر معلوم لا داعي إلى الاستفصال عنه، فلا محيص عن أن يكون الاستفصال استقصاءً من حيث الحكم الشرعي، أي اللزوم من طرف المشتري فقط كما ذكره في تقريب الإيراد؛ أو من حيث المدلول اللفظي؛ وسؤالاً عن أن الكلام المتقدّم على الاشتراء هل هو عقد المبيع كي يكون مدلوله اللفظي الإلزام والالتزام، وحكمه الشرعي اللزوم من قبل المشتري، أم لا، بل مقابلة واستدعاء؟

وعلى التقديرين يكون الفضوليّ في مسألتنا مندرجاً في مورد البأس في الرواية، فتدلّ على الفساد.

قوله: اللهم إلا أن يقال: إن.

٨/١٤٠

أقول: لا يخفى أن العنوان المنهّي عنه في تلك الأخبار عموماً وخصوصاً غير قابل للنهي المقيّد؛ إذ التقييد لابدّ في صحته من أن يكون المقيّد عين المطلق مع زيادة، بأن يكون فرداً من أفراد، وما نحن فيه ليس كذلك؛ إذ المفروض أن التقييد يوجب انقلاب عنوان المطلق إلى ما يباينه على وجه كليّ، فلا يصحّ تقييد النهي بما يغيّر عنوان المنهّي عنه ويجعله عنواناً آخر في قبالة، حتّى يستدلّ بعدمه على مطلب كما صنعه المصنّف رحمته، وإلا لأشكل الأمر في أغلب النواهي لولا كلّها مثل «لا تشرب الخمر» مثلاً؛ فإنه يمكن أن يقال: إن إطلاق النهي وعدم تقييده بعدم صيرورته خلاً يقتضي حرمة بعدها، وأمثال هذا في غاية الكثرة ولم يلتزم به أحد، ولا وجه له إلا ما ذكرنا من عدم قابلية

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لولا لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٤٥

النهي لهذا النحو من التقييد.

١٢/١٤٠ قوله: مطلقاً حتى مع الإجازة.

أقول: قد عرفت أن تلك الروايات غير قابلة للإطلاق من تلك الجهة، فيرجع إلى عمومات صحة البيع، وقضيتها الحكم بالصحة بمجرد التملك، أو مع الرضا الباطني كما هو الأقوى، أو مع الإجازة.

١٣/١٤٠ قوله: نعم قد يخدش فيها.

أقول: هذا استدراك عما ذكره بقوله: «فالإنصاف إلى آخره»، وضمير «فيها» راجع إلى الأخبار أو إلى دلالة الأخبار على الفساد.

وحاصل الخدشة: أن دلالتها عليه مبنية على إمكان حفظ ظهورها في التحريم والإرشاد إلى الفساد وظهورها في بيان الحكم الواقعي، وهو غير ممكن؛ لكون المذهب على الجواز والصحة في مورد كثيرها وهو بيع الكلّي في الذمة إلى آخر ما في المتن، فلا بدّ من رفع اليد إمّا عن الظهور في الحرمة والحمل على الكراهة، وإمّا عن الظهور في بيان الواقع والحمل على التقيّة، وعلى التقديرين تسقط عن الدلالة على الفساد.

هذا فيما ورد منها في بيع الكلّي، وأمّا ما كان مورده منها بيع العين الشخصية - مثل روايتي خالد ويحيى بقرينة اشتمالهما على قوله: «اشتر لي هذا الثوب» حيث إنّه لا يشار إلّا إلى الشخص - فالأمر فيه كما ذكرنا في غيرهما بقرينة وحدة سياقهما مع سياق غيرهما.

١٦/١٤٠ - ١٧ قوله: لكن الاعتماد على هذا التوهين.

أقول: يعني بالتوهين كون ظهور الأخبار الواردة في بيع الكلّي مخالفاً لمذهب الخاصّة، والوجه في كون الاعتماد عليه في رفع اليد عن ظهور روايتي يحيى وخالد في الفساد في المسألة خلاف الإنصاف: أن اتّحاد السياق بعد تسليمها ليس ممّا يعتمد عليه في رفع اليد عن الظهور المستمرّ.

قوله: فلأنّ النهي راجع إلى وقوع.
 أقول: عرفت أنّ النهي راجع إلى وقوع البيع للبائع حال عدم مالكيته،
 ولا تعرّض فيه لحال المالك الأوّل إذا أجاز وحال البائع بعد أن صار مالكا،
 فيرجع إلى العمومات.

قوله: وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبّر.
 أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ رفع اليد عن عموم التعليل في بيع الكلّي في
 الأخبار الخاصّة الواردة فيه من جهة كونه من تخصيص المورد غير جائز،
 فلا بدّ من معاملة التعارض بينه وبين ما دلّ على خلافه في موردٍ إن لم يكن
 هناك جمع آخر عرفي، وإلاّ مثل الحمل على الكراهة نظراً إلى نصوحيّة مقابله
 في الجواز فهو المتيقّن، فينحصر الدليل على الفساد في المسألة بروايتي يحيى
 وخالد، وقد عرفت المناقشة في دلالتهما عليه بابتنائها على الإطلاق، وقد مرّ
 عدم قابليّة المطلق فيهما للإطلاق لعدم قابليّته للتقييد، ومن هنا تنقذ الخدشة
 في الاتّفاق المحكيّ عن التذكرة والمختلف لقوّة احتمال استنادهم إلى توهم
 الإطلاق في الروايات، وأمّا التأييد برواية الحسن فيأتي الخدشة فيه.

قوله ﷺ: لم يحتج إلى الاستفصال عن أنّ المولى سكت أم لا. ٢٣- ٢٢/١٤٠
 أقول: يمكن أن يكون الوجه في الاستفصال عن علم المولى بالنكاح
 وعدمه استعلام أنّه تحقّق منه الرّد حتّى يحتاج إلى تجديد النكاح، أم لا حتّى
 لا يحتاج إليه.

وبالجملة: لم يستفصل الإمام عليه السلام عن سكوت المولى وعدمه، كما هو
 صريح المصنّف حتّى يقال: إنّ له لا وجه له إلاّ أنّ المدار في الصحّة وعدمها على
 إمضاء المالك الأوّل وعدمه، وإنّما استفصل عن علمهم بالنكاح، ولعلّ الوجه
 فيه ما ذكرناه لا استعلام أنّهم أجازوه حتّى يكون على نكاحه، أم لم يجيزوه
 حتّى يلزم تجديد النكاح وعدم جواز الإكتفاء بالعقد السابق؟

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٤٧

وأما قوله عليه السلام: «ذلك إقرار منهم» فلا دلالة فيه على كون الاستفصال لأجل ذلك، لا لما ذكرنا إلا أن يكون المراد من «الإقرار» إثبات العقد وجعله قارراً لازماً، لكنه غير معلوم؛ لاحتمال أن يراد منه صرف ترك الرد؛ ولذا جعل المصنّف رحمته في أوّل الخيارات - في مقام الإيراد على تعريف الخيار بملك إقرار العقد وفسخه - أمر الإقرار مردداً بين أن يراد منه هذا أو ذاك.

قوله: واستدلاله بالغرر وعدم القدرة على التسليم.

أقول: لا اختصاص لهما بالصورة المذكورة، بل يعنىان لها ولمقابلها؛ بملاحظة وجود ما هو علّة لهما، وهو أن صاحبها قد لا يبيعها في جميع الصور؛ حيث إنّ ترقّب الإجازة من المالك أو البائع لا يغيّر عدم بيع صاحبها الذي هو المناط في الغرر وعدم القدرة على التسليم ولا يزيله، فلا وجه لحصره عليه السلام كلام العلامة بصورة عدم الترقّب.

قوله: وكذا لو باع ملك غيره.

أقول: يعني أنّ هذه الصورة في الصحة والّلزوم مثل صورة لحوق الإجازة من نفس الغير، كما في الفضولي المعروف.

قوله: لكنّ الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى.

أقول: يعني ظهور الأخبار، ولعلّ نظره في وجه الظهور إلى دعوى تعارف هذا النحو من المعاملة وغلبته وقوع هذه الصورة من صور بيع ما ليس عنده، بمعنى أنّ الغالب في بيع ما ليس عنده ببيع ما عنده في التنجّز وعدم ترقّب شيء.

قوله: وعدم الوقوف على شيء.

أقول: حتى تملك البائع.

قوله عليه السلام: وما في التذكرة كالصريح.

أقول: قد مرّ منعه ومنع دلالة التعليل المذكور عليه.

مورد الروايات
ما لو باع
لنفسه غير
مترقّب للإجازة
٣: ٤٥٤-٤٥٦

٣٥/١٤٠

قوله: فأجازه المالك لنفسه، فتأمل.

أقول: قد جعله المحشون إشارة إلى الفرق بين المقامين بما لا يخلو عن المناقشة، والظاهر أنه إشارة إلى الدقة في كيفية جريان ما اندفع به الإشكال السابق في المقام.

وتقريبه: أن إنشاء البيع في كلتا المسألتين إنما هو عن المالك الواقعي، وقصد زيد مثلاً الذي هو المالك الواقعي حين الإنشاء في مسألتنا، وقصد نفسه في عكسها إنما هو من قبيل تطبيق الكلّي المقصود على المصداق الخارجي، إما الحقيقي كما في الأولى أو الادّعائي كما في الثانية، فإذا ألغى قصد خصوصية المصداق ونظر إلى قصد كونه عن المالك الواقعي في الثانية، فليكن كذلك في الأولى؛ ضرورة أن مجرد الفرق بين المصداقين بالحقيقتي والادّعائي غير فارق في المهم.

٣٣/١٤٠

قوله: ولو باع عن المالك.

أقول: هذا فرع مستقل من كلام المصنّف ﷺ.

٣٥/١٤٠

قوله: ولو باع لثالث.

أقول: يعني لو باع من شخص لنفع ثالث غير المالك والبائع.

١/١٤١

قوله: فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة.

أقول: يعني بها ما عنوانه بقوله: «ولو باع عن المالك فاتفق»، ومراده

الدخول فيها من حيث الخروج عن مورد الأخبار، فتأمل.

٧/١٤١

قوله: وهي ما لو لم يجر بعد تملكه.

أقول: مع قصدهما تنجيز النقل والانتقال بنفس العقد بلا توقّف على

شيء حتّى التملك، فلا ينافي ما ذكره سابقاً بقوله: «لكن الإنصاف ظهورها في الصورة الأولى» فلا تغفل.

قوله: فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل.

لو باع لنفسه
ثم تملكه
ولم يجر
٤٥٧:٣ - ٤٥٨

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك) ١٤٩

أقول: نعم، لا لدخوله تحت الأخبار المذكورة لما مرّ في المسألة الأولى من أن البيع الأوّل بعد حصول التملّك من جهة انقلابه إلى بيع ما عنده خارج عنها موضوعاً، بل لعدم الدليل على صحّته فيبطل للأصل؛ لأنّ عمومات صحّة البيع لا تشملها؛ لأنّها مقيدة بالطيب، ولا طيب هنا بعنوان أنّه مال البائع وما طاب به نفس البائع انتقاله بعنوان مال الغير، وهو لا يجدي؛ لا اعتبار إضافة المال إلى الرّاضي في أدلّة الطيب، بمعنى أنّ الظاهر من دليل الطيب تأثير طيب المرء في الحليّة فيما إذا تعلّق بماله المضاف إليه بما هو معنون بهذا العنوان، وهو منتفٍ فيما نحن فيه إلّا إذا رضى بانتقال المال بعد الطيب، وحينئذٍ لا إشكال في الصحّة لعدم قصور في شمول العمومات له حينئذٍ؛ ضرورة تحقّق الإضافة إليه من الأوّل، فلا وجه لعدم الشمول إلّا عدم الطيب والمفروض وجوده.

ومن حصول الإضافة هنا قبل التملّك علم أنّ المصحّح في المسألة السابقة نفس الرضا الباطني، ولا دخل فيه للإجازة المفروض وجودها؛ إذ اعتبار الإجازة بمعنى إظهار الرضا الباطني إنّما هو لتحصيل إضافة العقد إلى المجيز، وهي من جهة اتّحاد العاقد والمجيز حاصلة لا حاجة إلى الإجازة.

ويمكن أن يكون مراد الشيخ والفخر والشهيد عليهم السلام من الحكم بالصحة واللزوم بمجرّد التملك؛ ما ذكرناه من كفاية صرف الرضا بعد التملك لا نفس التملّك؛ إذ ليس في كلامهم دلالة على إرادة الزائد عمّا ذكرنا إلّا الإطلاق، ولا حجّة فيه من جهة وروده مورد الغالب؛ إذ الغالب بقاء رضا البائع إلى حين التملّك فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو ما ذكرناه، فتأمل.

ثم إنّ لا فرق بناء على ما ذكرناه في وجه البطلان بين كون قصد المتبائعين تنجّز النقل والانتقال بالبيع بلا ترقّب التملك فضلاً عن الإجازة، وبين كون قصدهما النقل مع ترقّبه، وهذا بخلاف ما لو كان الوجه فيه اندراج تحت الأخبار الناهية وقلنا باختصاصها بالصورة الأولى كما استظهره المصنّف

سابقاً؛ إذ لا وجه حينئذٍ للبطلان في الصورة الثانية، فظهر أن مراد المصنّف من العنوان لا بدّ وأن يكون الصورة الأولى، وإلاّ وقع التنافي بين كلاميه، فتدبرّ.

قوله: فيستصحب. ٣٥/١٤٠

أقول: لا مجال له لاختلاف القضية المشكوكة مع المتيقّنة موضوعاً؛ لأنّ موضوع الثانية البائع الغير المالك وموضوع الأولى المالك، واتّحاد الموضوع معتبر في الاستصحاب، فيرجع إلى عمومات الصحة لشمولها له بعد التملّك. اللهمّ إلاّ أن يجعل المالكيّة وعدمها من الحالات، وهو كما ترى.

وإن شئت قلت: إنّ عدم وجوب الوفاء على البائع قبل الملك مستند إلى فقد موضوعه، أعني: المالك العاقد، فبعد القطع بوجود موضوعه لأجل حصول التملّك لا يبقى شك في وجوبه كي يستصحب، والمقام من قبيل التخصّص والخروج الموضوعي لا التخصيص والإخراج الحكمي، فالمانع من التمسك بها في المسألة عدم تحقّق الطيب المعتبر في الموضوع، ولعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى ما ذكرنا، أو إلى عدم جريان الاستصحاب في المقام؛ لكون الشك فيه في المقتضى.

قوله: وفحوى الحكم المذكورة. ٩/١٤١

أقول: لأنّ تملّك النفس إذا لم يكن مؤثراً في الصحة بدون الإجازة فتملّك المال أولى بعدم التأثير. هذا وقد مرّ الإيراد على دلالة الرواية.

قوله: أشكل. ١١/١٤١

أقول: لعدم صدق البائع والشارط عليه حينئذٍ. وفيه منع واضح.

قوله: ولو باع وكالة عن المالك.

أقول: لا ربط لهذا الفرع بالمقام كما لا يخفى، ولعلّه من أغلاط النسخة.

[المسألة الثالثة: لو باع وهو

غير جائز التصرف فبان خلافه]

[الصورة الأولى من المسألة]

١٤/١٤١ قوله: فلا ينبغي الإشكال في لزوم حتى على القول ببطلان ١- لو باع
عن المالك
فانكشف كونه
ولياً ٣: ٤٥٩
الفضولي.

أقول: نفي الإشكال هنا في لزوم وعدم الوقوف على الإجازة بعد
الانكشاف إنما يتم فيما لو كان المستفاد من الأدلة الشرعية اعتبار رضا الولي
بنقل مال المولى عليه واقعاً من دون توقّف على اعتبار شيء آخر، وهذا المعنى
حاصل فيما نحن فيه؛ لأنّ الولي راضٍ بنقل مال المولى عليه غاية الأمر أنّ
ولايته مجهولة ولم يكن مفادها تنزيل الولي منزلة المالك، وتنزيل ماله منزلة
مال نفسه، وإلا فلو كان مفادها التنزيل المذكور فلاريب في أنّ حكمه حكم
المالك، فكما أنّ المالك إذا باع ماله بزعم أنّه للغير لا بدّ في صحته من الإجازة
والرضا به بعنوان أنّه ماله، كذلك لو باع الولي مال المولى عليه بزعم أنّه مال
غيره وتبين أنّه له لا بدّ في صحته من الرضا به بعنوان أنّه مال المولى عليه؛ لأنّ
الرضا قبل الالتفات إنّما تعلّق بنقل مال من هو أجنبي عنه، وليس له ولاية
عليه، والظاهر أنّ مفادها التنزيل، وعليه لا فرق بين الصور الأربع في الاحتياج
إلى شيء آخر وهو الإجازة على ما يقولون وصرف الرضا الباطني بالنقل بذاك
العنوان الملتفت إليه بعد الالتفات على المختار.

١٨/١٤١ قوله: وهو حسن.

أقول: نعم، ولكن فرق بينه وبين المقام حيث إنّهُ انتفى فيه شرط من
شرائط توجّه خطاب ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) على الولي العاقد وهو رضا
بمضمون العقد بما هو سلطان عليه لتوقّفه على الالتفات المفقود في المقام مع

تحقق إضافة العقد إليه مع ذلك، بخلاف المثال فإنه لم يلتفت فيه شرط من شروط توجه الخطاب المذكور على من له سلطنة على مضمون العقد، أما كونه راضياً بانتقال ماله بعنوان أنه ماله فواضح؛ لأنه قضية إذنه في التجارة، وأما إضافة العقد الصادر من العبد للمالك إليه، فلوضوح أنه يكفي فيها الإذن الواقعي ولا يحتاج إلى الالتفات المأذون إليه؛ ولذا نلتزم بلزوم العقد فيما لو أذن المالك لشخص في بيع مال خاص لأحدهما بمال خاص للآخر ثم غفل ذاك الشخص عن الإذن وعقد على النحو المأذون فيه واقعاً بلا التفات إلى الإذن.

[الصورة الثانية من المسألة]

٢٠/١٤١

قوله: على الوجه المأذون فتأمل.

أقول: لعله إشارة إلى أن قصد كونه لنفسه بعد لغويته وعدم قادحيته لا يوجب هذا.

٢- لو باع لنفسه
فانكشف كونه
ولياً ٣: ٤٦٠

[الصورة الثالثة من المسألة]

قوله: وقد مثله الأكثر بما لو باع.

أقول: لم يعلم فيما رأيت من كلامهم جعله مثلاً لما ذكره المصنف رحمته وهو البيع عن المالك ثم انكشف كون البائع مالكاً، فهذا كلام العلامة في القواعد قال: ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنه فضولي، فبان ميئاً وأن المبيع ملكه، فالوجه الصحة. انتهى.

٣- لو باع
عن المالك
فانكشف
كونه مالكاً
٣: ٤٦٠-٤٦٢

فلعل مرادهم مطلق البيع سواء كان عن أبيه أو عن نفسه، فيكون الأول ممّا استدلّ به على البطلان في النهاية والإيضاح ناظراً إلى الصورة الأولى، والثاني منه ناظراً إلى الصورة الثانية، وحينئذٍ لا يبقى مجال لإيراد المصنف على الدليل الثاني، أعني: لزوم التعليق بمخالفته للدليل الأول كما لا يخفى، فليراجع إلى كتب الأصحاب رضوان الله عليهم.

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لوبياع وهو غير جائز التصرف فبان خلافه) ١٥٣

وكيف كان، فالمراد من الظن بالحياة هو القطع بالحياة، وإنما عبّر بالظن عن القطع المخالف للواقع كثيراً، والشاهد على إرادته منه قول المصنّف رحمه الله فيما بعد: «فهو أنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه».

قوله: لأنّ ذلك لا يجامع. ٢٩/١٤١

أقول: قد عرفت أنّ المراد من الظنّ هو العلم المخالف للواقع يعني؛ لأنّ التعليق لا يجامع مع العلم بالحياة؛ لأنّ التعليق موقوف على الاحتمال وهو مضاد للقطع.

قوله: ومنه يظهر ضعف ما ذكره أخيراً. ٣١/١٤١

أقول: أي لا كون القصد الصوري كافياً يظهر... إلى آخره.

هذا، مع أنّه أيضاً مثل سابقه مخالف للدليل الأوّل؛ لأنّ كونه كالعابث مثل كون العقد معلّقاً لا يكون إلّا فيما إذا باعه لنفسه، ومفاد الدليل الأوّل البيع عن الأب، وهما متخالفان، ومن هنا ظهر وجه مخالفة الدليل الثاني للأوّل أيضاً.

قوله: وكيف كان فلا ينبغي الإشكال في صحّة العقد. ٣٢/١٤١

أقول: نعم لكن فيما إذا لم نقل باعتبار العمد وأنّه لا فرق بينه وبين الخطأ

في ترتّب الأحكام الوضعية على العقود والإيقاعات التي منها نفوذ العقد المخطئ فيه في حقّ الخاطئ العاقد في المقام، وإلا فلا ينبغي الإشكال في الفساد حتى مع الإجازة أيضاً، لكن لا لعدم القصد من العاقد بمعنى إرادة إنشاء مضمون العقد كي يرد عليه ما ذكره المصنّف من كفاية القصد الصوري في الصحة، بل لعدم القصد بمعنى العمد والالتفات مقابل الخطأ المعتر في مقام إلزام المكلف بمقتضى أعماله ومعاملاته ومؤاخذاته بها؛ إذ الفرض في المقام عدم القصد والتعمّد والالتفات من العاقد إلى بيع مال نفسه؛ لعدم الالتفات إلى كون المبيع مال نفسه، فإذا ألغى عقده في حقّ العاقد من حيث انتفاء العمد وكونه خطأ لأجل حديث الرّفْع لم تنفعه الإجازة فيما بعد ويكون كعقد الهازل، بخلاف ما إذا ألغى من حيث فقد رضا المالك وإذنه كما في الفضولي في غير أمثال المقام

هل تحتاج

إلى إجازة

مستأنفة ؟

٣ : ٤٦٢

في عقد المكره؛ فإنه تنفعه الإجازة في ترتب الأثر على العقد؛ وذلك لأنّ الثابت بأدلة صحة الفضولي قيام الإجازة مقام الإذن المقرون لإفادتها فائدة القصد مقابل الخطأ وقيامها مقامه من جهة انتفاء القصد في المقام يفرق عما لو باع مال غيره ملتفتاً إلى كونه للغير لنفسه؛ حيث إنّ قصد العاقد بذاك المعنى في المعاملة المفروضة موجود لا مانع من صحّتها من تلك الجهة، فقياس المقام عليه قياس مع الفارق.

ومما ذكرنا يعلم أنّ بعض الكلمات في المسألة نفيّاً وإثباتاً قد نشأ من الخلط بين القصدين اللذين أشرنا إليهما، كما لا يخفى على المتأمل، فتأمل.
قوله: لاندفاعه بما ذكره بقوله: ألا أن يقال: إنّ قصده إلى أصل البيع كافٍ».

الأقوى وقوفه
على الإجازة
٤٦٢:٣-٤٦٥

٣٥/١٤١

أقول: يعني يكفي في صحّة الإنشاء وترتب الأثر الفعلي عليه خاصّة، بمعنى عدم دخالة الإجازة فيه بحيث لا أثر له قبلها قصده إلى تحقّق أصل البيع به ولو بواسطة قصده إلى تحقّقه بالمركبّ منه ومن الإجازة، لا به بانفراده؛ لأنّ تماميّة السبب التامّ وهو العقد لا يعتبر فيها قصد التماميّة، ولا يضّرّ فيها قصد الجزئية كما هو واضح، وهذا لا ربط له بمسألة تبعيّة العقد للقصد؛ لأنّ معناها أنّ الذي يقع ويوجد بعد العقد إنّما هو مدلوله الذي قصد من العقد وقوعه، ومن الظاهر أنّ كون العقد تمام السبب أو جزءه أجنبيّ عن مدلول العقد، ولعلّ ما ذكرناه في توضيح ما ذكره في وجه الاندفاع أولى ممّا ذكره فيه بقوله: «وتوضيحه» أي توضيح الاندفاع.

٢/١٤٢

قوله: في التوقّف على الأمور المتأخّرة وعدمه.

أقول: فلا تعرّض هذه الأحكام في القسم الأوّل على العقود إلّا بعد وجود هذه الأمور كالإجازة والقبض في الصرف، وتعرّض في الثاني بمجرد وجود العقد عليها.

قوله: مع أنّ عدم القصد المذكور.

أقول: يعني مع أنّ عدم القصد إلى البيع الناقل من حين العقد لا يقدح في صحة العقد وترتب الأثر عليه من حين وقوعه وعدم توقّفه على الإجازة؛ بناءً على الكشف الذي عليه بناء الاستدلال المذكور؛ إذ بناءً على النقل لا يكون هناك نقل من حين العقد حتى يقال: إنّه لم يقصده فكيف يقع؟ .

والوجه في عدم قدحه فيه: أنّه مستند إلى الإجازة على الكشف لا إلى العقد، بل قصد النقل بعد الإجازة بناءً على كاشفيتها كما عليها بناء الدليل، ربّما يحتمل قدحه في صحّته من حين العقد على ما تقدّم إليه الإشارة في التنبيه الأوّل.

وفيه: أولاً: إنّه كيف لا يقدح في عدم توقّف وقوعه من حين العقد على الإجازة على الكشف، والحال أنّ الكشف موقوف على الإجازة؟ فعدم القدح في عدم اعتبار الإجازة مبنيّ على الإجازة.

وثانياً: إنّ معنى صحّة النقل مع الإجازة هو النقل مع الإجازة وبعدها بما لها من الحكم الشرعي على الكشف، وهو النقل من حين العقد، لا بما لها من الحكم الشرعي على النقل وهو النقل من حينها، فقصد النقل مع الإجازة على الكشف لا قدح فيه في وقوعه من حين العقد أصلاً، وما ربّما يحتمل قدحه بل يفسد إنّما هو ما إذا قصد منها القائل بالكشف ما يقول به القائل بالنقل.

قوله: فالدليل على اشتراط. ٣/١٤٢

أقول: هذا في مقابل قوله: «لا ما ذكره في جامع المقاصد»، فالأولى أن يقول: بل لعموم تسلّط الناس على أموالهم.

قوله: وأمّا ما ذكرناه من أن قصد ... إلى قوله: ففيه. ٥-٤/١٤٢

أقول: يعني فيه: أنّا نختار الشرطية الثانية، وهي عدم حصول قصد نقل مال نفسه بمجرد القصد إلى نقل مال معيّن لا يعلم أنّه له في الواقع، ونمنع بطلان

التالي، وهو فساد العقد بالمعنى الذي أراده، وهو الفساد بمعنى عدم أهليته للصحة، ونقول بصحته التأهلية؛ إذ يكفي فيها مجرد القصد إلى نقل مال معين، ولا يعتبر فيها - مضافاً إلى هذا - قصد كونه مال نفسه بما هو ماله في الواقع فيما لو باع لنفسه، أو قصد كونه مال غيره بما هو كذلك فيما إذا باع للمالك، حتى يكون انتفاؤه بأن أخطأ قصده عن الواقع قادحاً في تحقق تلك الأهلية قدح انتفاء الشرط في وجود المشروط، ويكون وجوده بأن أصاب الواقع في تحققها نفع وجود الشرط في وجود المشروط، بل القصد المذكور بالقياس إلى الصحة التأهلية من قبيل ضم الحجر إلى الإنسان، لا انتفاؤه يقدر فيها ولا وجوده ينفع فيها.

ولعدم اعتبار ذاك القصد في ذاك النحو من الصحة بنينا على صحة العقد على المال المعين بقصد أنه مال نفسه، والبناء عليه مع أنه لغيره، وأمّا الصحة الفعلية فهو لا يكفي فيها بل لابدّ فيها مضافاً إلى ذلك من الرضا بنقل ماله بما هو له والقصد إليه ولو متأخراً؛ وذلك لأنّ أدلة اعتبار التراضي تدلّ على اعتبار رضا المالك بنقل ماله بما هو ماله، لا بنقل مال له واقعاً لم يعلم به، بل علم بكونه للغير ورضي بنقله بعنوان أنه للغير.

فاتّضح أنّ قوله: «لا يقدر ولا ينفع» بالقياس إلى صورة خطأ القصد عن الواقع وإصابته من قبيل اللقّ والنشر المرتّب، والمراد ممّا فيه القدح والنفع هو الصحة التأهلية والقابلية للتأثير قبال عدم القابلية له.

واتّضح أيضاً أنّ المناسب لسلسلة العبارة أن يبدّل قوله: وأمّا أدلة اعتبار التراضي... إلى آخره إلى قوله: وأمّا صحة العقد بالفعل فلا يكفي هو فيها بل لابدّ فيها مع ذلك من الرضا بنقل ماله حقيقة بعنوان أنه ماله؛ لأنّ أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس دالة على اعتبار رضا المالك، أو إلى قوله: نعم، لا يكفي في حقيقة العقد وفعليّة تأثيره بل يعتبر فيها الرضا بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله...

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لوبياع وهو غير جائز التصرف فبان خلافه) ١٥٧

إلى آخر ما في المتن، ويقدم هذه الفقرة على قوله: «وأما ما ذكرنا إلى آخره» ويقول: لأن أدلة اعتبار التراضي دالة... إلى آخره؛ لأن مفاد هذه الفقرة تتمّة للدليل السابق وعلة لجريان أكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي في المقام. قوله: ١٧-١٦/١٤٢ ثم إنه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف.

أقول: وذلك كما قيل؛ لأن مقتضى ما ذكره في وجهه بقوله: «وأما أدلة اعتبار التراضي» عدم حصول المقتضي للنقل والانتقال وأن الإجازة لو أفادت ففائدتها إتمام المقتضي، لا أن النقل حصل وأنه يمكن دفعه بالفسخ. قوله: ١٨/١٤٢ إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال.

أقول: كيف؟ مع أن ظاهرهم ثبوت خيار المجلس قبل القبض في الصرف ولا انتقال فيه بل في مطلق البيع على مذهب الشيخ رحمته من توقّف الانتقال على انقضاء مدة الخيار.

قوله: ١٩/١٤٢ وإنما هو لا انتقال الملك. أقول: مقتضى ما ذكره من التقريب وجود المقتضي للانتقال في المسألة وإنما الضرر والخرج مانع عنه تحكيماً لدليلهما على دليله. وفيه: منع كون الضرر في أصل الانتقال، وإنما هو في اللزوم ووجوب الالتزام بمقتضى العقد، فاللزام في منع التعليل بقاعدة الضرر منع كون المقام من صغرياتهما؛ لتوقّفه على وجود المقتضي لترتب الضرر لولا القاعدة، وهو منتفٍ في المقام لعدم تماميته إلا بعد الإجازة.

قوله: ٢١/١٤٢ إذ لا يلزم من لزومه. أقول: قد علم من الحاشية السابقة أن المستند في وقوف العقد عدم حصول ما هو المقتضي للانتقال لا دليل نفي الضرر والخرج.

[• القول في المجاز وشروطه]

[الأول: كونه جامعاً للشرائط المعتبرة]

٢٥/١٤٢

قوله: فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحّة الإنشاء.
أقول: يعني مع فقد سائر الشروط مثل شروط العوضين مثلاً.
قوله: ولا إحراز.

اعتبار كون
العقد المجاز
جامعاً لجميع
الشروط: ٤٦٧:٣

أقول: يعني ولا يكفي إحراز سائر الشروط المعتبرة في صحّة العقد مع اتّصاف المتعاقدين بصحّة الإنشاء بالنسبة إلى خصوص الأصيل فقط دون الفضولي، بل لابدّ من إحرازه بالنسبة إلى الفضولي أيضاً.
قوله: للزومه عليه.

أقول: هذا علّة للإحراز، وضميره وضمير «تأثيره» راجع إلى العقد المجاز المستفاد من الكلام، وضمير «عليه» راجع إلى «الأصيل».
وقوله: «بل مطلقاً» يعني حتى مع النقل عطف على «حينئذ» الموجود في بعض النسخ، يعني حين إذ بنى على الكشف، أو عطف على قوله: «على الكشف» بناء على الضرب عليه، كما في بعض النسخ المصحّحة، وهو الصواب، والمناسب على النسخة الثانية تأخير قوله: «على الكشف» عن قوله: «للزومه».

وقوله: «لتوقّف تأثيره» علّة لعدم الكفاية وقوله: «الثابت» يعني لعقد الفضولي صفة للتأثير دون التوقّف.

وقوله: «ولو على القول بالنقل» بيان للفرد الخفيّ لثبوت التأثير يعني توقّف تأثير العقد الفضولي في النقل والانتقال الثابت له ولو على القول بالنقل في الإجازة فضلاً عن القول بالكشف، وضمير «عليها» المتعلّق بالتوقّف راجع إلى الشروط.

وقوله: «وذلك لأنّ العقد» علّة للتوقّف وبيان لوجهه، لا لعدم الكفاية كما

شروط المتعاقدين / القول في المجيز وشروطه (لوبياع وهو غير جائز التصرف فبان خلافه) ١٥٩

زعمه السيّد الاستاذ العلامة، يعني: أنّ الوجه في توقّف تأثيره على الشروط أنّ العقد بالنسبة إلى الإجازة: إمّا تمام السبب والإجازة كاشفة محضة عن تمامية السبب على ما عرفت وجهه في توضيح ما استدللّ به المحقق الثاني على الكشف، وإمّا جزء السبب، وجزؤه الآخر هو الإجازة.

وعلى أي حال يعتبر اجتماع شروط العقد المعتبرة فيه عنده ولا يكفي حدوثها عند الإجازة، أمّا على الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني؛ فلأنّ المعتبر في شروط السبب المركّب من جزأين وجودها من أوّل الشروع فيه؛ ولهذا لا يجوز... إلى آخره.

هذا ما يرجع إلى شرح العبارة، وأمّا تحقيق المطلب: فهو أنّ كلّ ما هو شرط لأصل العقد وصحّة الإنشاء فلا بدّ من وجوده حين العقد، وكلّ ما هو شرط للانتقال فكذلك بناء على الكشف، وأمّا بناء على النقل فلا بدّ من وجوده حين الإجازة ولا يكفي وجوده حين العقد إلّا مع بقائه إلى حينها. هذا بحسب الكبرى، وأمّا بحسب الصغرى وأنّ أيّ شرط من الشروط شرط للعقد، وأيّ منها شرط الانتقال؟ فتعيينها موكول إلى نظر الفقيه، وفهمه من الأدلّة.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ الكلام من قوله: «ولهذا لا يجوز» إلى قوله: «والعبد المسلم» مبنيّ على القول بالنقل، فالإيراد على المصنف بأنّ الاكتفاء بوجود القدرة على التسليم وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم حين الإجازة لا يتمّ بناء على الكشف؛ إذ لا بدّ من وجودهما حين العقد بناء عليه، ليس في محله؛ لاختصاص كلامه بالقول بالنقل.

قوله: جزء للمؤثّر. ٢٨-٢٧/١٤٢

أقول: وهو المركّب من العقد والإجازة.

هل يشترط
بقاء الشرائط
إلى زمان
الإجازة؟
٤٦٧:٣-٤٦٨

قوله: لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء شرائط المتعاقدين.

٣١-٣٠/١٤٢

أقول: هذا واضح على الكشف أمّا بالنسبة إلى الأصل، فلأنّ العقد في حقه تامّ يجب الوفاء به، فزوال الشروط بالنسبة إليه زوال بعد تماميّة العقد وهو غير مؤثر، وأمّا بالنسبة إلى الفضولي، فلاّنه بعد العقد أجنبيّ عنه بالمرّة، وأمّا على النقل ففيه إشكال إلّا على ما استظهره من المحقّق الثاني سابقاً من وجوب الوفاء عليه حتى على النقل.

وجه الإشكال: أنّ انتفاء الشرائط حينئذٍ يكون قبل تماميّة العقد عند المصنّف القائل بعدم وجوب الوفاء على الأصل على النقل، وهو قاذح، ويشكل على الكشف أيضاً لما مرّ من عدم تماميّة العقد قبل الإجازة بناء عليه أيضاً، فيكون زوالها قبلها زوالاً في الأثناء وهو مضرّ، فتأمّل.

٣٢/١٤٢

قوله: فوجهان.

أقول: مبنيّان على إمكان دعوى ظهور الأدلّة في اعتبار الاستمرار كما تقدّم عن صاحب الجواهر عند أواخر التكلّم في ثمرات الكشف والنقل، فيعتبر البقاء ومنعه مع فحوى خبر تزويج الصغيرين اللّذين مات أحدهما؛ حيث إنّ موت أحد الزوجين بمنزلة تلف أحد العوضين، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة كما تقدّم هذا عن المصنّف رحمه الله هناك في ردّ صاحب الجواهر، وقد تقدّم ممّا هناك بيان مراد صاحب الجواهر رحمه الله وشرح عبارته بما لا يبقى معه مجال لما وجّهه المصنّف عليه من الإيرادات، وتقدّم أيضاً أنّ مختار المصنّف هنا منافٍ لمختاره هناك، فراجع ولاحظ.

قوله: واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

أقول: قد مرّ من المصنّف - في ذيل بيان الثمرات بين الكشف والنقل عند التعرّض لثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين - الجزم بعدم الاعتبار بناء عليه، وهو الذي يقتضيه خبر نكاح الصغيرين، فنفي البعد هنا في غير محله.

[الثاني: في اشتراط معلومية المجاز للمجيز]

هل يعتبر
كون المجاز
معلوماً للمجيز
بالتفصيل؟
٤٦٨ : ٣

٣٣/١٤٢ قوله: أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد.
أقول: هذا هو الأقوى؛ لأنّ الوجه في اعتبار الإجازة هو تحصيل الرضا
بالانتقال وتحصيل إضافة العقد إلى المجيز، ولا ريب في حصولهما مع العلم
الإجمالي.

٣٥/١٤٢ قوله: ومن هنا يظهر قوّة اعتبار العلم.

أقول: بعد اعترافه بأنّ الإجماع على عدم جواز التعليق من جهة
اختصاص معقده بالعقد لا يشمل الإجازة، لا وجه لتقوية هذا الاحتمال،
فالأقوى كفاية احتمال وقوع العقد في صحّة الإجازة، فبها يضاف العقد إلى
المجيز ويكون عقده، فيخاطب بالوفاء واقعاً وينجزّ عليه بعد العلم بوقوع
المحتمل، ولعلّه لذا أمر بالتأمّل.

[الثالث: المجاز والعقود المترتبة عليه]

حكم العقود
المترتبة
٤٧٠ : ٣ - ٤٦٩

٣/١٤٣ قوله: الثالث: المجاز أمّا العقد الواقع على نفس مال الغير.
أقول: كما في العقود الثلاثة الأولى في المثال الآتي الذي ذكره بقوله:
«ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبد المالك بفرس» إلى آخر المثال.
قوله: وأمّا العقد الواقع على عوضه.

أقول: كما في ما عدا العقود الثلاثة الأولى في المثال، والمراد
من «العوض» في العبارة أعّم من عوض نفس مال الغير كما في بيع الفرس
بدرهم وفي بيع الدينار بجارية، فإنّ الفرس عوض العبد في البيع الأوّل
والدينار عوضه في البيع الثاني وهو بيع العبد بالكتاب، ومن عوض عوضه كما
في بيع الدرهم برغيف وبيع الدرهم بحمار، فإنّ الدرهم فيهما عوض عن
الفرس الذي هو عوض عن العبد، ومن عوض عوض عوضه كما في بيع
الرغيف بعسل، فإنّ الرغيف عوض الدرهم وهو عوض الفرس وهو عوض

العبد الذي هو مال الغير.

قوله: فيبنى على ما تقدّم من اعتبار. ٧/١٤٣

أقول: يعني يبنى الكلام فيه من حيث الصحة والبطلان على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقد فالثاني، وعدم اعتباره فالأول؛ لأنّ الفرض حينئذ يكون من صغريات «من باع شيئاً ثم ملك...»، فيجري فيه الأقوال المتقدمة من البطلان أو الصحة بدون الحاجة إلى الإجازة بعد الملك أو معها، وقد مرّ أنّ الأقوى هو الأخير.

ومن هنا يتّضح المراد من قوله فيما بعد: «فقابليته للإجازة مبنية على مسألة»؛ حيث إنّ بيع العبد بفرس بالنسبة إلى من ملك العبد بإجازة ماله الأوّل يبعه بالكتاب وهو المشتري به بالكتاب من صغريات من لم يكن مالكا للمبيع فضولاً حين العقد ثم ملكه، فالكلام فيه هو الكلام فيه.

قوله: تلزم بلزوم هذا العقد. ١٠/١٤٣

أقول: يعني بناءً على الكشف، وأمّا بناءً على النقل فيبنى الكلام فيه مثل العقد اللاحق له الوارد على مورده على اعتبار كون المجيز هو المالك حال العقد وعدمه، وكذلك الكلام في قوله فيما بعد: «وللعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوّض» فإنّ لزومها بإجازة العقد المتوسط الواقع على العوض أيضاً مبنيّ على الكشف، وأمّا بناءً على النقل فالحكم فيه مبنيّ على ما ذكر.

وبالجملة: لا فرق بين العقد الواقع على عوض مال المجيز اللاحق على العقد المجاز الوارد على نفس مال المجيز كبيع الفرس بالدرهم، والعقد الواقع على عوض مال المجيز اللاحق للعقد المجاز الواقع على عوض ماله أيضاً كبيع الدرهم بالحمار، وبين العقد الواقع على نفس مال المجيز اللاحق للعقد المجاز الواقع على نفس ماله كبيع العبد بدينار؛ في أنّه بناءً على الكشف يلزم اللاحق في الجميع بإجازة السابق، وعلى النقل يبنى الكلام في الجميع على اعتبار

ملك المجيز حين العقد وعدمه.

١٨/١٤٣ قول: ثم إن هناك إشكالاً في جواز تتبع العقود.

الإشكال في
شمول الحكم
بجواز تتبع
العقود لصور
علم المشتري
بالغصب
٣: ٤٧١ - ٤٧٣

أقول: من جهة اعتبار قيدين في جواز تتبع ما صدر من الفضولي ظاهراً وواقعاً أو ظاهراً من العقود التي لا أقل من كونها اثنين، أحد هذين القيدين: قابليتها للصحة من جهة تحقق ما يعتبر فيها من الثمن والمثمن، والآخر ورودها على عين مال المتتبع أو عوضه يشكل تعميم الجواز لصورة علم المشتري بالغصب تارةً من جهة فقدان القيد الأول وهو القابلية للصحة كما في البيع الأول - الذي هو مورد كلام القطب ظاهراً؛ وذلك لرجوعه حينئذٍ إلى البيع بلا ثمن وهو باطل - وأخرى من جهة فقدان القيد الثاني وهو ورود العقد على مال المتتبع أو عوضه، كما في العقد الثاني الوارد على ما جعل ثمناً وعوضاً في العقد الأول، على ما هو مورد كلام الشهيد رحمته في حواشيه على القواعد بقرينة قوله: «فصار الإشكال في صحة البيع وفي التتبع» في مقام التفريع على احتمال عدم نفوذ الإجازة في البيع الأول الواقع على المثمن أيضاً؛ إذ الظاهر منه أن الإشكال بناء على إمكان إجازة البيع الأول مختص بالتتبع.

ولا يخفى أنه بعد فرض قابلية البيع الأول الوارد على عين مال المتتبع للإجازة لا وجه للإشكال في التتبع بالنسبة إليه بأن يختاره ويجيزه وإلا يلزم الخلف، فإشكال جواز التتبع بدوياً وبدون تصرف في العقد الآخر بالإجازة مختص بالعقد الثاني، وأما بعد التصرف في الأول وإجازته فالعقد الثاني وإن كان يصير فضولياً يصح إجازته إلا أنه لا ربط له بمسألة تتبع العقود.

ومن هنا ظهر أن جواز التتبع في العقود واختيار واحد منها ابتداءً عند الشهيد مثل السيد الاستاذ رحمته مختص بغير العقد الأول، إلا أن يقال: إن مراده من «التتبع» في العبارة هو التتبع مطلقاً حتى بالنسبة إلى العقد الأول أيضاً، لكن يأبى عنه قوله رحمته: «ويلزم من القول بطلان التتبع بطلان إجازة البيع الوارد على

المبيع» لدلالته على أن بطلان البيع الأول فرع بطلان التتبع ولازم له، وهو مختص بالتتبع بالنسبة إلى العقد الثاني لما عرفت أن الأمر في العقد الأول بالعكس؛ فإن بطلان التتبع بالنسبة إليه فرع بطلانه ولازم له.

وعلى فرض الاختصاص يرد على المصنف: أن كلام القطب أجنبي عن المقام، فلا وجه لذكره إلا أن ينزل كلامه على العقد الثاني، وهو كما ترى. والتحقيق: عدم الاختصاص، وعليه لا يرد على المصنف شيء أصلاً، فتأمل تفهم وجهه.

قوله: فلا ينفذ فيه إجازة الغير. ٢٠/١٤٣

أقول: المراد من الغير غير الفضولي، وهو المالك، وضمير «فيه» راجع إلى الثمن بتقدير المضاف، يعني: لا يؤثر في دخول الثمن في ملك صاحب المبيع الذي باعه الغاصب وجعله ثمناً لماله إجازته للبيع بعد صيرورته ملكاً للغاصب بجعله ثمناً في العقد الثاني، ووجه عدم نفوذها، عدم تعلّقها بخروج الثمن عن ملك من دخل في ملكه الثمن؛ إذ المفروض أن الثمن صار ملكاً للغاصب بالتلف، والمثمن دخل في ملك من اشتراه منه.

قوله: ومن أن الثمن. ٢١ - ٢٠/١٤٣

أقول: هذا وجه للطرف الآخر من الإشكال، عطف على قوله: «إن المشتري»، فالأولى ترك كلمة «من».

قوله: ولم يمنع من نفوذ الملك فيه. ٢١/١٤٣

أقول: أي لا مانع من نفوذ ملك مالك المبيع للثمن في العقد الأول إلا عدم صدور ذلك العقد من مالك المبيع، فإذا أجازته جرى مجرى الصادر منه في تأثيره في دخول الثمن في ملكه.

قوله: فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً. ٢٢/١٤٣

أقول: يعني إذا اشترى بذاك الثمن في المعاملة الأولى البائع للعين

شروط المتعاقدين / القول في المجاز وشروطه (المجاز والعقود المترتبة عليه) ١٦٥

المغصوبة في المعاملة الأولى البائع متاعاً - مثل الجارية - فقد اشترى ذاك المتاع لنفسه وأتلف ذاك الثمن عند الدفع إلى البائع، يعني: بائع المتاع، أعني: الجارية مثلاً، فيتحقق كون الغاصب البائع في المعاملة الأولى والمشتري في المعاملة الثانية مالكا للمتاع المبيع في المعاملة الثانية.

قوله: نفوذ الإجازة هنا. ٢٣/١٤٣

أقول: أي في العقد الثاني الوارد على الثمن، ولك أن تجعله إشارة إلى الثمن، ومؤداهما شيء واحد.

قوله: وإن أمكن إجازة المبيع.

أقول: يعني إجازة البيع الأول الوارد على المبيع الذي هو مال المجيز، ووجه الإمكان: ما ذكره القطب من أن الثمن عوض عن العين المملوكة للمجيز، ولا يمنع من نفوذ الإجازة... إلى آخره.

قوله: مع احتمال عدم نفوذها أيضاً. ٢٤ - ٢٣/١٤٣

أقول: يعني عدم نفوذها في المبيع أيضاً، هذا أحد طرفي الإشكال في كلام القطب، فلا تذهل.

قوله: يلزم من القول ببطلان التبع. ٢٥/١٤٣

أقول: وذلك لأنّ بطلان التبع بمعنى جواز اختيار صاحب المبيع في العقد الأول للعقد الثاني إنما هو لأجل صحته للغاصب، ودخول المبيع في ملكه بإزاء الثمن الذي قبضه في مقابل مال المالك المبيع، ودخول الثمن في ملك البائع، فيكون المالك للمبيع أجنبياً عن هذا العقد الثاني، فلا مجال لتبعه واختياره.

ومن المعلوم أنّ لازم ذلك بطلان البيع الأول الوارد على مال المجيز لاستحالة كون المبيع بلا ثمن ينتقل إلى صاحب المبيع، والفرض هنا انتقال الثمن إلى الغاصب بجعله ثمناً في البيع الثاني، فلا يمكن انتقاله إلى المالك،

فتبطل الإجازة لانتفاء متعلّقها وهو البيع، فحينئذ لو قيل في جواز التتبع وعدمه بأن الإشكال منحصر في صحّة العقد الأوّل وعدمها، وأمّا التتبع واختيار العقد الثاني فلا إشكال في عدم جوازه؛ لعدم الإشكال في صحّته بالنسبة إلى الغاصب وأجنبيّته عن الفضولي، لكان صحيحاً، كما كان القول بوجود الإشكال في كليهما صحيحاً، فتأمّل.

قوله: واقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرية هذا الإشكال.

٢٦/١٤٣

أقول: يعني اقتصر في جامع المقاصد - في بيان وجه الإشكال في جواز تتبع العقود مع علم المشتري بالغصب - على ما ذكره الشهيد أخيراً في وجه سرية إشكال جواز التتبع إلى صحّة عقد الفضوليّ الواقع على المبيع أولاً، وعدم اختصاصه بالعقد الواقع من الغاصب على ثمن المبيع ثانياً بقوله: «لأنّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون في إتلافه» بعد قوله: «مع احتماله عدم نفوذها أيضاً» يعني به عدم نفوذ الإجازة في العقد الواقع على المبيع، وهو العقد الأوّل، مثل العقد الواقع على الثمن وهو العقد الثاني، حيث قال في شرح قول العلامة: «ومع علم المشتري إشكال» ما لفظه:

أي له التتبع إذا كان المشتري جاهلاً بتحقيق المعاوضة حينئذ، أمّا مع علمه بالغصب ففي الحكم إشكال ينشأ من ثبوت المعاوضة في العقد، فله تملّكه بالإجازة رعاية لمصلحته، ومن انتفائها بحسب الواقع؛ لأنّ المدفوع ثمناً يملكه الغاصب لتسليطه عليه؛ ولهذا يمنع استرداده عند الأصحاب وإن بقيت عينه، والمطالبة بعوضه إن تلف خاصّة عند المصنّف ﷺ، فيمتنع على المالك تملّكه. انتهى.

ولا يخفى أنّ ظاهر كلامه - مثل كلام القطب - أنّ مورد الإشكال هو العقد

الأوّل.

٢٩/١٤٣ قوله: لأنّه بالتسليم إلى الغاصب.

أقول: هذا علّة لكون الثمن ملكاً للغاصب المستفاد من قوله: «فيكون قد ملك الغاصب الثمن»، والضمير المنصوب بـ «أنّ» راجع إلى الثمن. ولا يخفى أنّ هذه العلّة لا تنتج المطلوب وهو مالكيته للثمن، إلّا بدعوى أنّ عدم جواز استعادة الثمن من الغاصب بعد التسليم إنّما هو من جهة خروجه عن ملكه، وفيه نظر؛ لإمكان كونه لأجل العقوبة عليه مع بقائه في ملكه؛ حيث عاوض ماله بمحرّم فيكون الغاصب حينئذٍ مخاطباً بالرد، فإن بذله أخذه المشتري، وإلّا فليس له استعادته ومطالبته بالردّ على ما تقدّم عن شارح الروضة في مسألة بيع الغاصب.

٣٠/١٤٣ قوله: لأنّ الحقّ أنّ الإجازة شرط أو سبب.

أقول: يعني أنّها إمّا شرط لتأثير البيع الفضولي؛ أو بيع مستقلّ على ما تقدّم حكاية كاشف الرّموز ذلك عن شيخه في مسألة بيع الغاصب، ومقابل الحقّ هو الالتزام بعد مدخلية الإجازة في النقل شرطاً أو شرطاً، وكونها كاشفة عن تمام السبب على ما بيّناه في توضيح استدلال المحقّق الثاني على الكشف، وأشار إلى ذلك بقوله: «وعلى القول بأنّ إجازة المالك كاشفة فإذا أجاز العقد كان له» يعني: إذا أجاز المالك العقد الأوّل كان له إبطال نقل الغاصب الثمن في العقد الثاني وإمضائه.

ويحتمل أن يكون مراده من العقد: العقد الثاني، وضمير «كان» راجعاً إلى ما يشتريه الغاصب بالثمن، وهذا وإن كان صحيحاً في نفسه إلّا أنّه خلاف الظاهر؛ إذ مقتضى السياق بيان كون الثمن في العقد الأوّل للمالك على الكشف، عكس النقل.

٣٣/١٤٣ قوله: ويحتمل أن يقال.

أقول: هذا إشارة إلى إمكان رفع الإشكال بناء على النقل بوجه آخر غير

ما ذكره في الإيضاح بقوله: «ويحتمل أن يقال».

٢٥/١٤٣

قوله: وهذا هو المتّجه إذ حينئذ.

أقول: لا يتمّ هذا فيما يعتبر فيه القبض مثل الصرف، فإنّ التسليط وملكيّة الغير حصلاً بالإقباض.

عدم ورود
الإشكال على
تقدير الكشف
٤٧٦-٤٧٤:٣

٨/١٤٤

قوله: وحيث إنّ حكمهم بعدم.

أقول: هذا بيان لوجه إمكان حمل حكمهم بعدم استرداد الثمن على صورة التسلّط المقيّد بعدم الإجازة.

وحاصل الوجه: أنّه لا دليل على الحكم المذكور مع مخالفته للقواعد إلّا إجماعهم، وهو أمر لبّي يقتصر على المتيقّن، وهو الصورة المذكورة.

١٠-٩/١٤٤

قوله: على تقدير عدم الإجازة، فافهم.

أقول: لعلّه إشارة إلى عدم تسليم ما هو مبني الإشكال المذكور من الاتفاق على عدم جواز استرداد المشتري عين الثمن لو بقي، وبذله لو تلف؛ لإمكان منع رجوعه إلى الإجماع المصطلح.

[مسألة في أحكام الردّ]

١١/١٤٤

قوله: وقابليّته من طرف المجيز.

أقول: هذا عطف على اللّزوم، يعني: قابليّة العقد للّزوم بالإجازة.

قوله: وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج.

أقول: حصولاً حقيقيّاً لو أنشأ به إبطال ما أحدثه الفضولي، وحكميّاً بمعنى عدم تأثير الإجازة بعده لو لم يكن كذلك، سواء التفت إلى وقوعه على المال أم لا.

ما يتحقّق به
الردّ ٣: ٤٧٧

ومراده من حصول الردّ بالفعل: حصوله بالنسبة إلى الفاعل المتصرّف، فلا ينافي ما بنى عليه المصنّف في مسألة «من باع ثمّ ملك» من صحّة الفضولي للأصل والعمومات وتأثير الإجازة بالنسبة إلى المالك الجديد.

قوله: والتزويج.

أقول: يعني به تزويج المروجة فضولاً، فإنّ تزويج من له التزويج - كنفس المرأة فضولاً إن كانت حرة ومولاهما إن كانت أمة - مخرج للبضع عن سلطنة من له إجازة عقد التزويج الأوّل بنقله إلى الزوج في العقد الثاني الغير الفضولي.

١٢/١٤٤ قوله: كاستيلاد الجارية.

هل يتحقّق
الردّ بالتصرّف
غير المخرج
عن الملك؟
٣: ٤٧٧-٤٧٩

أقول: في عدّ هذا ممّا لا يخرج الملك معه عن قابليّة وقوع الإجازة عليه منعاً؛ بناءً على أنّ بقاء العوضين إلى حين الإجازة على الشرائط المعتبرة في صحّة النقل والانتقال معتبر في قابليّة وقوعها عليه.

١٢/١٤٤ قوله: وتزويج الأمة.

أقول: يعني بالقياس إلى تملكها فضولاً.

١٣-١٢/١٤٤ قوله: فهو وإن لم يخرج.

أقول: يعني فيلزم التفصيل بين القول بالكشف من حين العقد فلا تنصّح الإجازة لما ذكره بقوله: «من امتناع اجتماع المتنافيين»، وبين القول بالنقل فتصحّ الإجازة وتؤثّر في صحّة الفضولي من حينها، فإن وقعت حال كون الدار مستأجرة والأمة مروجة فينتقل المبيع إلى المشتري مسلوب المنفعة الكذائية، وإن وقعت بعد انقضاء الإجازة وزوال الزوجيّة فينتقل إليه معها، لكنها فيما إذا لم يقصد الردّ بذلك التصرّف مقروناً بما يدلّ على إرادة تحقّقه به وإلاّ يكون ردّاً حقيقياً، فيخرج عن قابليّة الإجازة.

١٦/١٤٤ قوله: نعم لو انتفع المالك بها.

أقول: الظاهر زيادة هذه العبارة ... إلى قوله: «فتأمّل»؛ حيث إنّ ما ذكره من المناقضة بين إجارة الدار وإجازة البيع الواقع عليها فضولاً قبلها بعينه جارٍ في الانتفاع بمثل السكنى واللبس، فلا وجه لذكره أولاً والأمر بالتأمّل ثانياً،

وعلى فرض الصحة يكون الأمر بالتأمل إشارة إلى أن الرجوع إلى أجرة المثل موقوف على صحة الإجارة بطور الكشف؛ إذ على النقل يكون التصرف في ملك المتصرف واقعاً وظاهراً فلا يستعقب الضمان، وقد مرّ أن صحتها كذلك لا يجتمع مع صحة التصرفات المفروض ثبوتها في المقام، فتبطل الإجارة. قوله: ومنه يعلم أنّه.

١٧/١٤٤

أقول: يعني من امتناع اجتماع المتنافيين كما في بعض الحواشي.

١٨ - ١٧/١٤٤

قوله: ودعوى أنّه لا دليل على.

أقول: حاصل الدعوى منع التنافي المذكور بأنّه مبني على اعتبار قابليّة العقد للتأثير من حين صدوره على الكشف، وهو ممنوع، بل يكفي قابليّته له حين الإجارة فقط، فعلى هذا لا يلزم التنافي من إجارة العقد لإمكان الحكم بصحة هذه التصرفات إلى زمان الإجارة وصحة العقد ممّا بعد الإجارة. وحاصل الدفع: أنّ اعتبار القابليّة للتأثير من حين العقد قد قام الدليل عليه، وهو إجماع أهل الكشف على أنّ إجارة من كان مالكا حين العقد مؤثّرة من حين العقد، وكاشفة عن تأثيره من حينه.

هذا، وفيه: أنّ قضية ما ذكر من الدعوى والدفع أنّ التنافي بين الأمرين موقوف على تأثير الإجارة من حين العقد، وليس الأمر كذلك؛ ضرورة أنّ صحته بالإجارة من كلّ وقت فرض، ولو كان وقت الإجارة تنافي صحة هذه التصرفات في هذا الوقت، أي وقت صحة العقد، فإذا فرض وقوع التصرفات صحيحة مطلقاً حتّى فيما بعد أول زمان العقد أيضاً، منعت صحتها عن وقوع الإجارة مطلقاً أيضاً، فلا وجه لبناء فوت محلّ الإجارة مع صحة التصرفات على تأثير الإجارة من حين العقد، بل اللازم بنائه على تأثيرها في زمان صحة التصرف مطلقاً، سواء كان حين صدور العقد أو ما بعده من أزمنة ثبوت التصرف.

١٨/١٤٤ قوله: من حين العقد والإجازة.

أقول: الواو من غلط النسخة، والصواب «في» بدل: الواو.

١٩/١٤٤ قوله: نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة.

أقول: هذا مع بقاءه على ظاهره من شرطية وصف التعقب يشكل بأن الإجازة من جهة أنها محصلة للشرط، وهو وصف التعقب، ينكشف بها عدم مصادفة التصرفات المذكورة في المتن للملك لو صحّت الإجازة بأن كانت من المالك لولا العقد المجاز، وإحرازه في المقام دوري؛ لتوقفه على عدم صحة تلك التصرفات، وهو موقوف على عدم الملكية حينها، وهو موقوف على تأثير الإجازة ووقوعها من المالك، وهل هو إلا دور صريح؟

لا يقال: إن مقتضى ذلك بطلان الإجازة التي صحّتها مانعة عن صحّة التصرفات، ولازمه صحّة التصرفات؛ إذ لا مانع منها إلا صحّة الإجازة، وهي لدوريّتها محال.

لأنّا نقول: صحّتها أيضاً دورية بالتقريب المتقدم في الإجازة، وبعبارة أخرى: منع انحصار المانع عنها بصحّة الإجازة، ونقول بأن امتناعها ذاتية للزوم الدور.

ثم لا مجال للحكم ببطلان كليهما معاً؛ للقطع بوقوع أحدهما عن المالك واقعاً، ولا مجال لترجيح أحدهما على الآخر بآية وجوب الوفاء؛ لأنّ نسبته إلى العقدين من جهة عدم الفرق في الفردية لموضوعها على حدّ سواء، بل صدقها في المقام غير معلوم؛ لاختصاص موضوعها بعقد منسوب إلى المالك بوجه، وهو مشكوك في كلّ واحد منهما وإن كان يعلم إجمالاً بصدقها على أحدهما الغير المعين فيرجع إلى الأصل العمليّ وهو استصحاب مالكيّة التصرف إلى زمان التصرف، ومقتضاه صحّة التصرف، ولازمه وقوع الإجازة في غير محلّها، ولا سبيل إلى العكس بمعنى استصحاب المالكيّة إلى حين

١٧٢ هداية الطالب إلى أسرار المكاسب / البيع / ج ٣

الإجازة؛ إذ لا بدّ في الاستصحاب من الشكّ، والمفروض ارتفاعه حكماً ببركة الاستصحاب الأوّل، نعم لو قلنا بالكشف الحقيقي، بمعنى كون الإجازة موجبة للعلم بتماميّة السبب كان لما ذكره وجه، فتأمّل.

٢٠/١٤٤

قوله: مبنية على الظاهر.

أقول: لو لم يقصد بها تحقّق الردّ وإلا يكون ردّاً، فتصحّ هي وتبطل الإجازة.

[• قسما التصرفات غير

المنافية لملك المشتري]

٢٢/١٤٤

قوله: فهو ردّ فعلي.

أقول: نعم لو قصد به الردّ، ولا ملازمة بينه وبين الالتفات إلى وقوع عقد الفضولي كما هو ظاهر، فما لم يعلم بتحقّق القصد يكون حاله حال القسم الثاني في عدم الدلالة على إنشاء الردّ، فلا يتحقّق به ولا يصدق عليه ولا أقلّ من الشكّ.

١- ما يقع في حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي
٣- ٤٧٩- ٤٨٠

٢٣/١٤٤

قوله: مثل ما وقع في نكاح العبد والأمة.

أقول: من قوله: «ذاك إلى مولاه إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما».

٢٤/١٤٤

قوله: موجود في الردّ الفعلي.

أقول: لا ريب فيه، لكن بعد صدق الردّ الفعلي على مجرد التصرف المذكور مع الالتفات، إلا أنّ الشأن في صدقه عليه وتحقّقه به كما أشرنا إليه.

٢٥/١٤٤

قوله: مضافاً إلى فحوى الإجماع.

أقول: يمكن الخدشة في ذلك بأنّ الوجه فيه توقّف صحّتها على الملك المتوقّف على الانفساخ، لا دلالتها على إرادة الفسخ، وأمّا القول بصحّتها

شروط المتعاقدين / قسما التصرفات غير المنافية لملك المشتري ١٧٣

الملازمة للانفساخ لا القول بطلانها لأجل عدم الملك، فإنما هو لقيام الدليل عليها وهو الإجماع المذكور.

وبالجملة: الانفساخ فيه قهريّ التزمنا به جمعاً بين دليل صحة هذه التصرفات ودليل توقفها على الملك، لا اختياريّ حتى يقال بدلاتها على قصد الفسخ.

٢٨/١٤٤ قوله: ولا يكفي مجرد رفع اليد.

٢- ما يقع
في حال
عدم النفاذ
المالك
٣: ٤٨٠-٤٨١

أقول: المراد من رفع اليد عن الفعل المقصود هنا عقد الفضولي، هو رفع اليد الشأني المعلق على الالتفات إلى وقوعه لا الفعلي المنجز؛ ضرورة توقفه على الالتفات المفروض عدمه، يعني: لا يكفي في فسخ عقد الفضولي وإبطاله مجرد رفع اليد عن بقاءه رفعاً مشروطاً بالالتفات إلى وقوعه، الحاصل ذاك الرفع للبد بسبب إيجاد ما يضادّ بقاءه كالبيع الفاسد والتعريض على البيع، فإنّ البناء على تحقق بيع آخر مضادّ للبناء على بقاء البيع الفضولي وعدم زواله كما هو ظاهر.

وكيف كان، فالمضادة التي أثبتها هنا إنّما هي بين قصد المالك لبقاء العقد على تقدير الالتفات إليه وبين بقاءه على تحقق عقد آخر مغاير له، والمنافاة التي نفاها في قوله: «بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد» إنّما هي بين نفس التصرف وبين تأثير العقد من حين صدوره لو لحقته الإجازة، فلاتنافي بين العبارتين.

٢٩/١٤٤ قوله: نظير إنكار الطلاق.

أقول: هذا نظير للمنفي وهو الكفاية.

٣٠- ٢٩/١٤٤ قوله: نعم لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة.

أقول: كما ثبت فيها كفاية القسم الأوّل في فسخها.

٣٠/١٤٤ قوله: فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق.

أقول: لكن تقدّم من المصنّف ﷺ في أوّل تنبيهات الإجازة التنظر في نسبة اعتبار اللفظ في الإجازة إلى صريح جماعة وظاهر آخرين.

قوله: ولذا استشكل العلامة. ٣١/١٤٤

أقول: يمكن أن يكون النظر في جهة الإشكال إلى ما ذكرنا من اعتبار قصد الردّ من الفعل في تحقّقه مع عدم الملازمة بينه وبين مجرد الالتفات إلى المردود، لا إلى اعتبار اللفظ في الردّ تبعداً مع فرض الكلام في صورة العلم بقصد الردّ وإنشائه، من إيقاع البيع الفاسد جاهلاً بفساده.

قوله: وأمّا الردّ الفعلي وهو الفعل المنشأ به مفهوم الردّ فقد عرفت نفي البعد. ٣٣-٣٢/١٤٤

حاصل الكلام
فيما يتحقّق
بـه الردّ
٣: ٤٨١-٤٨٢

أقول: يعني به قوله: «أمّا الأوّل فهو ردّ فعليّ» إلى آخر ما ذكره، ولكن عرفت منع كون مجرد الفعل كالتعريض مع الالتفات ممّا ينشأ به مفهوم الردّ؛ لعدم الملازمة بينه وبين الالتفات إلى وقوع المردود.

قوله: والحاصل أنّ المتيقّن. ٣٢/١٤٤

أقول: يعني حاصل ما ذكره من أوّل المسألة إلى هنا.

قوله: ولكن الاكتفاء فيهما بالردّ الفعليّ أوضح. ٣٤/١٤٤

أقول: يعني الاكتفاء في إبطالهما بالفعل المنشأ به مفهوم الردّ أوضح من الاكتفاء في إبطال عقد الفضولي، ولم أفهم وجه الأوضحيّة.

قوله: أمّا الفسخ في العقود الجائزة... إلى آخره. ٣٥-٣٤/١٤٤

أقول: يعني من الجائز بالذات غير الوكالة والوصاية مثل الهبة؛ لأنّ الفسخ فيهما - كما مرّ - لا ينحصر بالفسخ القوليّ والفعليّ، بل يحصل بالتصرّف الغير المجامع لصحّتهما.

قوله: وأمّا فعل ما لا يجامع. ٣٥/١٤٤

أقول: هذا دفع لتوهم حصول فسخهما بشيء آخر غيرهما مثل الفضولي

وهو فعل ما لا يجمع... إلى آخره.

وحاصل الدّفع: أنّ حصول الفسخ به إنّما هو لأجل تحقّق الرّدّ الفعليّ به، وكونه من مصاديق الرّدّ الفعليّ، حيث إنّ الفسخ فيه دلّالته على قصد الفسخ وإنشائه قبله لا من جهة المنافاة بينه وبين بقاء العقد حتّى يكون أمراً آخر؛ إذ قضيتها بطلان هذا الفعل لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، فإنّ قضية المنافاة انفساخ العقد الفضولي وصحّة الفعل المنافي؛ حيث إنّ الفعل المنافي فيما نحن فيه إنّما صدر عن المالك فيصحّ ويبطل العقد، وهناك صدر من غير المالك فيبطل هو ويبقى العقد.

هذا، وقد عرفت المناقشة في إدراج الفعل المنافي في العقود الجائزة في الرّدّ الفعليّ، ومنع كونه لأجل صرف المنافاة.

[• حكم المشتري مع الفضولي]

[المسألة الأولى: في الثمن]

قوله: ولا يقدح في ذلك اعترافه. ٧/١٤٥

رجوع المشتري
إلى الفضولي
بالثمن إن كان
جاهلاً بكونه
فضولياً ٣: ٤٨٤

أقول: يعني لا يمنع من الحكم برجوع المشتري إلى الفضولي إقراره حين الأخذ باللكيّة البائع فيما إذا كان الإقرار مبنياً على ظاهر اليد بملاحظة أنّ مقتضى إقراره خروج الثمن عن ملكه وكونه للبائع، فالرجوع عليه وأخذ الثمن منه رجوع إلى ملك الغير، وهو ظلم لا يجوز عقلاً؛ لأنّ الإقرار بعد العلم بمدركه وهو ظاهر اليد لا عبرة به، بل العبرة بالمدرّك لكن لا مطلقاً بل ما لم ينكشف الخلاف ولم يعلم أنّ يده يد عدوان، وأمّا إذا علم ذلك ولو بالعلم التنزيلي كأن قامت البيّنة على كون المال لغير البائع فلا عبرة به أيضاً، فيرجع إلى قاعدة اليد وقضيتها الضمان وجواز الرجوع.

نعم لو كان إقراره مبنياً على غير اليد كالعلم ونحوه - كأن كان إقراره

بكونه للبائع بعد قيام البيّنة على كونه للغير - فلا وجه للضمان بمقتضى إقراره، ولكنه حينئذ يخرج عن الفرض؛ إذ المفروض بيان حكم الثمن في الفضولي ورجوع المشتري به بعد كشف الخلاف، وتبيّن الفضوليّة عنده^(١) بعد أن كان جاهلاً بها معتقداً بعدمها، ولو بحسب ظاهر الشرع.

اللهم إلا أن يكون المراد من الفضولي هو الفضولي الواقعي المجهول عند المشتري، ويكون الغرض بيان حكم الثمن بحسب الواقع وأنه مال المشتري واقعاً فتأمل، فإن الاستدراك بقوله: «نعم إلى آخره» لا يخلو عن كونه أجنبياً عن المقام.

وكيف كان، ليس المراد من قيام البيّنة قيامها على كون المبيع للبائع حتى يشكل الفرق بين صورة استناد الاعتراف إلى اليد واستناده إلى البيّنة بالرجوع في الصورة الأولى بعد كشف الخلاف وعدمه في الثانية.

قوله: ومجرّد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد.

١١-١٠/١٤٥

أقول: لا يصحّ قياس المقام على البيع الفاسد؛ لأنّ التسليط فيه ليس مجانياً بل بعوض، غاية الأمر لم يقع الانتقال لعدم إمضاء الشارع، بخلاف ما نحن فيه، فإنّه فيه مجانيّ كما يصرّح فيه في صورة التلف، بل لا فرق بينها وبين صورة البقاء من تلك الجهة، فحينئذ يمكن أن يقال: إنّ المالك كما أنّه مسلّط على ماله في البيع والعق والإجارة وهكذا، كذلك مسلّط عليه في تسليط غيره عليه وتمكينه منه مجاناً، ومقتضى نفوذ هذا التسليط لقاعدة السلطنة دخول المال تحت سلطنة البائع الفضولي سلطنة تامّة وهو حقيقة الانتقال.

١٢/١٤٥

قوله: فتأمل.

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ لزوم فوت محلّ الإجارة إنّما هو فيما إذا ملكه

لو كان
عالمًا بكونه
فضولياً وكان
الثمن باقياً
٣: ٤٨٤-٤٨٥

قبلها مطلقاً، وأما إذا كان مراعى بالردّ وعدم الإجازة فلا.

١٣-١٢/١٤٥ قوله: وهل يجوز للبائع التصرف فيه وجهان، بل قولان: أقواهما العدم؛ لأنّه أكل مال بالباطل.

أقول: استظهر السيّد الأستاذ بناء هذين القولين على اعتبار القول بعدم انتقال الثمن إلى البائع وبقائه في ملك المشتري أعمّ من أن نقول على هذا بجواز استرداده، كما اختاره المصنف وفقاً لمن ذكر في المتن، أو نقول بعدمه كما نسب إلى المشهور؛ إذ بناء على القول بالانتقال لا وجه لعدم الجواز، ولكون التصرف فيه أكلاً للمال بالباطل وإن كان أصل تملكه أكلاً له به.

هذا، ويتّجه عليه أنّه بناء على هذا لا يكون وجه لجواز التصرف أصلاً كما لا يخفى، فالأولى بناؤهما معاً على الانتقال وعدمه، بأن يكون جواز التصرف مبنياً على الانتقال، وعدمه مبنياً على عدمه، ولما كان الأقوى عنده عدم الانتقال وجواز الرجوع قال: «أقواهما العدم»؛ لأنّه بناء عليه يكون أكلاً للمال بالباطل، هذا لكن الأنسب بناء على هذا أن يقول: ومن هنا ظهر حال جواز تصرف البائع فيه وعدمه وأنّ الأقوى العدم.

١٨/١٤٥ قوله: مندفعة بأنّه إنّما سلّطه في مقابل ملك غيره.

توضيح ما
استدل به
المشهور
٣: ٤٨٦-٤٨٩

أقول: نعم، لكن لا من حيث أنّه كذلك، بل بعنوان أنّه مال البائع، فكأنّه سلّطه في مقابل ماله الواقعي وادّعى تحقّقه في ضمن مال الغير، فضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه لا من كيس الغير، فيحكم بالضمان إمّا لقاعدة الإقدام وإمّا لقاعدة اليد.

٢١/١٤٥ قوله: إلّا أن كلاً منهما لما قطع النظر.

أقول: لم أفهم الوجه لهذا الاستثناء؛ إذ البناء المذكور لا يمكن إلّا بعد ذلك، ولا يمكن اجتماعه مع ملاحظة حكم الشارع بلغويّة البناء، فالأولى ترك هذا إلى قوله: «الّا أن كون الثمن مالاً له ادّعائي» مع زيادة لفظة «حقيقة» بعد

قوله: «يضمنه بماله» المتّصل بهذا الاستثناء.

٢٥/١٤٥

قوله: لا يقدح في التضمن.

أقول: أي لا يقدح تخلف البناء المذكور، بمعنى عدم تأثيره فيما بنى عليه من ملكية البائع للثمن في تحقّق التضمن الحقيقي بمال البائع.

قوله: وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً فلا يتحقّق

٢٦/١٤٥

الضامن الحقيقي.

أقول: نعم لو لم يبين على أنّه مال الضامن واقعاً وأنّه معنون بعنوان ماله، وإلاّ فيتحقّق الضامن الحقيقي مع العلم بالغصب أيضاً، وبعد هذا البناء يصحّ وقوع التمليك والتملّك من الغاصب والمشتري حقيقة لا إدّعاء، وإنّما الادّعاء في كون المضمن مالاً للغاصب وكون المعاوضة بينهما.

وتوضيح ذلك: أنّ للملكية طرفين: طرف إضافة إلى المالك وطرف إضافة إلى المال، ففي عالم الاعتبار قد يكون المبادلة المعتبرة في البيع في الطرف الأول، ويكون حقيقته تبديل أحد المالكين بالآخر؛ وقد يكون في الطرف الآخر، فيكون حقيقته تبديل أحد المالكين بالآخر، فتصحّح المعاوضة التي لا بدّ من وجودها الحقيقي في صحّة البيع كما يمكن بالتصرّف في طرف البائع بتنزيل نفسه منزلة المالك لأجل أن يتحقّق الطرف الأول للملكية فيكون المعاوضة الحقيقيّة بين عنواني المالكين والتضمن الحقيقي بالنسبة إليهما، كذلك يمكن بالتصرّف في طرف المبيع وتنزيله منزلة مال البائع، والبناء على أنّه له لأجل أن يتحقّق الطرف الآخر للملكية والتضمن الحقيقي بالنسبة إلى شخص المتبايعين، ودعوى أنّ البناء على ملكية البائع لا على مملوكية البيع كما ترى.

٣٢/١٤٥

قوله: وهذا مفقود فيما نحن فيه .

أقول: بل موجود فيه؛ إذ المشتري لم يطب نفسه بتصرّف البائع مجاناً بل

شروط المتعاقدين / حكم المشتري مع الفضولي (فيما يفرمه للمالك زائداً على الثمن) ١٧٩

في مقابل مال الغير، أي المالك الواقعي المدعى أيضاً انطباقه على البائع الفضولي؛ بناء على التصرف في طرف البائع في تصحيح المعاوضة أو مقابل مال شخص البائع الواقعي المدعى انطباقه على شخص المبيع بناء على التصرف في طرف المبيع فيه، ألا ترى أنه لو علم بعدم تمكنه من أخذ المبيع من الغاصب لم يقدم على المعاملة، ولم يدفع إليه مقدار خردل بعنوان المعاوضة؟

قوله: فالفرد الصحيح من هذه المعاملة.

مختار المؤلف

والدليل عليه
٣: ٤٩٠-٤٩١

أقول: يعني من المعاملة التملك بلا عوض الذي له فرد صحيح كالهبة الغير المعوضة وفرد فاسد كالبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، وضمير «هي» راجع إلى الفرد الصحيح، والتأنيث باعتبار الخبر، وضمير «فاسدها» راجع إلى المعاملة يعني منه مثل البيع بلا ثمن ونحوه، والأمر بالتأمل في آخر العبارة لعلّه إشارة إلى بطلان إرادة خصوص النوع المتعارف من العقد فضلاً عن إرادة الجنس وأنّ اللازم إرادة الأعم من النوع والصنف وإلاّ لزم عدم الضمان في الصلح المعاوضي وإعادة الذهب والفضة، حيث أنّ صحيح مطلق الصلح والعارية لا يقتضي الضمان، وقد مرّ الكلام في ذلك عند التعرّض لمعنى القاعدة.

[المسألة الثانية: فيما يفرمه

للمالك زائداً على الثمن]

قوله: وأمّا السكوت عن رجوع المشتري.

أقول: هذارّد على صاحب الحقائق رحمته.

قوله: ورواية زريق.

أقول: أي الخلقاني، رواها في البحار عن مجالس الشيخ رحمته.

قوله: إلّا ما كان من زرع زرعته.

أقول: هذا إمّا استثناء ممّا أشير إليه بذلك وهو ما كان مرسوماً وثابتاً في المعيشة، وإمّا من الموصول فيما أحدث من الغلّة، وهو على الأوّل منقطع؛ إذ

توجيه بعض
الروايات
الساکتة عن
رجوع المشتري
إلى البائع ٣: ٤٩٥

المفروض إحداث الزرع من جانب المشتري بعد يوم الاشتراء، فلا يكون من أفراد ما كان مرسوماً في المعيشة يوم الاشتراء، بخلافه على الثاني فإنه بناء عليه متصل.

ثم إنّ الضمير في «له قيمة ذلك» راجع إلى المحدث المشتري المدلول عليه بـ«قدر أحدث وأوفى» أو يكون بمعنى «إلا»، والمراد من المحدث بصيغة المفعول في قوله: «وكلّ محدث إلى آخره» هو المحدث يوم الاشتراء أي الذي أحدثه صاحب الأرض ولو كان غير الغرس والبناء في قوله: «من قيمة غرس أو بناء» غرس المشتري أو بنائه الذي حكمه الإمام عليه السلام بأخذه قيمتها بقوله: «له قيمة ذلك» في جواب قول السائل: «قلت: فإن كان قد أحدث فيها بناءً أو غرساً».

قوله: وفيه مع أنا. ٨/١٤٧

أقول: الأنسب أن يقول: فإنّا نمنع ورودها إلّا في مقام بيان حكم المشتري مع المالك، أمّا حكم المشتري مع البائع فلا تعرّض له، مضافاً إلى أنّ السكوت... إلى آخره.

قوله: فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرم. ١٠-٩/١٤٧

أقول: من ماله، وأمّا من بيت مال المسلمين فيتوجّه إليه لقوله عليه السلام: «ما أخطأت القضاة ففي بيت مال المسلمين».

قوله: وإن كان قضاؤه باطلاً كما هو الظاهر. ١٠/١٤٧

أقول: يشكل ذلك بحكمه عليه السلام في الرواية باستحقاق المشتري على المالك ما أنفقه في إصلاح المعيشة ودفع النوائب عنها؛ إذ الظاهر أنّه لو عدّ القاضي غاصباً ظالماً لم يحكم له باستحقاق مثل ذلك فيما إذا لم يكن بالفعل من عين ماله شيء ثابت في الأرض، مثل ما صرفه في كرى الأنهار وتنقية العيون والآبار، فالظنّ أنّ بناء الرواية على المعاملة معه معاملة القاضي بالحقّ

ولو تقيّة.

ما يخرمه
في مقابل
المنافع غير
المستوفاة
٣: ٤٩٨ - ٥٠٠

١٢/١٤٧ قوله: أقواها الرجوع.

أقول: لعلّ الأولى «أقواهما» بضمير التثنية.

١٥/١٤٧ قوله: خصوصاً في بعض الموارد.

أقول: لعلّ نظره في هذا البعض إلى ما كانت المنفعة التي استوفاهما ممّا لم يتقوّم به معاشه، ولم تنفع في أصول معاشه، وإنّما كانت من الزوائد التي لم يكن يقدم على تحصيلها ببذل المال كان ركب الدّابة كلّ يوم لأجل صرف التنزّه ولم يكن يبذل المال لمثل ذلك، وأمّا إذا كانت المنفعة المستوفاة أنّه أجرها كلّ يوم وصرف الأجرة في مأكله ومشربه فربّما يمنع صدق الضّرر في أخذ عوضها من غير إرجاعه إلى الغارّ.

نعم لا يبعد أن يقال: إنّ تغريمه على وجه يكون قرار الضمان عليه حرج عليه فينفى بدليله.

١٧/١٤٧ قوله: لأنّه إنّما يدّعي.

أقول: يعني أنّ صاحب الرياض لم يدّع ابتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر، وأنّها من صغرياتّها حتى يمنع ذلك ويقال: إنّها مبنية على قوّة السبب، بل يدّعي أنّ ما يستفاد منه قاعدة الغرور - من الإجماع والنصوص الخاصّة في الموارد المتفرّقة - مهمل أو مجمل لا بدّ من الاقتصار على مواردّها، وهو صورة تضمّن الغرور للإضرار على المغرور.

وبعبارة أخرى: أنّه يدّعي قصور الإجماع والنصوص الخاصّة المستند إليهما في قاعدة الغرور عن الشمول لغير صورة الضرر، كما هو محلّ الكلام، فلا بدّ من الأخذ بالقدر المتيقّن في مخالفة الأصل، وأين هذا من جعل قاعدة الغرور مبنية على قاعدة الضرر؟

هذا، ويرد عليه: أنّ النصوص الخاصّة وإن وردت في موارد خاصّة إلّا

أن اثنين منها مشتمل على التعليل في أحدهما بقوله: «لأنه دلّسها»، وفي الآخر بقوله: «كما غرّ وخدع» بناء على كون الكاف للتعليل، كما في قوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوهُ كَمَا هَذَاكُمْ﴾^(١) وقضية التعليل العموم، فلا وجه لدعوى اختصاصها بصورة الإضرار.

١٧/١٤٧

قوله: وأما قوّة السبب.

أقول: هذا تعريض على صاحب الجواهر، لكنه لم يحسن تأدية المطلب بل أوجب التهافت بين أجزاء كلامه؛ حيث إن مقتضى الاستثناء بقوله: «إلا إذا كان السبب بحيث» أن قوّة السبب في هذه الصورة بنفسها - بدون ملاحظة ما عداها من قاعدة الضرر وغيرها من الأمور التي يذكرها بعد هذا - تكون دليلاً على رجوع المغرور على الغارّ الذي لا يتحقق إلا بعد الرجوع إلى المغرور، وهو منافٍ لمقتضى قوله: «والمتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر» أي المغرور، فالأولى أن يقول: إن قوّة السبب على المباشر في نفسها - بدون ضمّ شيء آخر إليها من قاعدة الضرر أو الإجماع أو غير ذلك - لا يمكن أن يكون دليلاً على قاعدة رجوع المغرور الغارم لما يضمنه على الغارّ؛ إذ لا يخلو الحال: إمّا أن يكون قوّة السبب على نحو يسند الاتلاف إلى السبب دون المباشر، كما في المكره البالغ إلى حدّ الإلجاء، وفي مثال إحراق النار، وإذابة الشمس، فإنّ التلف في الأوّل يسند إلى المكره - بالكسر - الذي هو السبب لا إليه - بالفتح - الذي هو المباشر، وفي المثالين إلى الشخص الذي جعل المال التالف في مقابل النار والشمس الذي هو السبب لا إليهما المباشرين للاتلاف. وإمّا أن تكون لا على هذا النحو.

فإن كانت من الأول، ففيه: أن قضية قوّة السبب حينئذٍ بملاحظة قاعدة الاتلاف ضمان السبب دون المباشر، لا ضمان المباشر ورجوعه إلى السبب

شروط المتعاقدين / حكم المشتري مع الفضولي (فيما يفرمه للمالك زائداً على الثمن) ١٨٣

الذي هو مفاد قاعدة الغرور.

وإن كانت من الثاني كما في المقام حيث إنّ دخالة الغارّ في التلف ليس على نحو يصحّ إسناد الاتلاف إليه دون المباشر المغرور، بل لو لم يكن الأمر بالعكس، فلا أقلّ من صحّة إسناده إلى كلّ منهما - ففيه: أنّه وإن كان ينطبق على قاعدة رجوع المغرور إلى الغارّ لو دلّ عليه دليل، لكن لا دليل على سببيّة قوّة السبب بهذه المرتبة الثانية واقتضائها لضمان السبب بذاك المعنى، أعني: ضمانه في عرض ضمان المباشر مع رجوع المباشر إليه لو رجع إليه ابتداءً كي ينطبق على قاعدة الغرور، ولا بالمعنى المتقدّم وهو ضمانه دون المباشر.

٢٠/١٤٧ قوله: إلى قاعدة الضرر.

أقول: هذا بناء على صدق الضرر وإضرار الغارّ في المقام، وهو كون الغرامة في مقابل ما استوفاه من المنافع، كما مرّ بيانه من المصنّف رحمته.
قوله: إذا كان أقوى.

أقول: يعني ولو لم يصل قوّته إلى مرتبة يسند التلف إليه، والفرق بينه وبين ما ذكره صاحب الجواهر: أنّه استند إلى قوّة السبب وتقدّمه على المباشر، والمصنّف استند إلى الإجماع على تقدّمه هذا، ولا يخفى أنّ الإجماع على التقديم إنّما يجدي في رجوع المغرور لو كان الدّوران في التقديم في قرار الضمان، لا في أصله وإلاّ فلا، كما لا يخفى.

٢١/١٤٧ قوله: ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه.

أقول: يعني «بما نحن فيه» مجرد رجوع المغرور إلى من غرّه على تقدير ورود غرامة عليه، وأمّا جواز رجوع المالك إليه وإلى الغارّ بنحو التخيير فلا ربط لهذه الوجوه بإثباته، وإنّما الدليل عليه قاعدة اليد بالتقريب الذي ذكره بعيد هذا.

وبعبارة أخرى: أنّ للمشهور في المسألة دعويين:

إحداهما: جواز رجوع المالك إلى كلّ واحد ممّن أثبت يده على ماله على التخيير، ودليلهم على هذه ليس إلّا حديث «على اليد». والأخرى: رجوع المغرور إلى الغارّ لو رجع إليه المالك والمتكفّل لإثباته تلك الوجوه. ومن هذا يظهر فساد الإيراد على المصنف بأنّ هذه الوجوه لا تصلح للاستناد إليها من جهة عدم ملاءمتها لتخيير المالك بين الرجوع إلى المغرور والرجوع إلى الغارّ، كما توهمه بعض المحشّين وتبعه بعض المعاصرين. ووجه الفساد واضح.

٢٩/١٤٧

قوله: فإنّه لا يرجع بعشرة الثمن.

أقول: يعني أنّه لا يرجع بمقدار الثمن من العشرين الذي دفعه وغرمه للمالك وهو العشرة في الفرض المذكور، لأنّه لا يرجع بنفس الثمن الذي دفعه إلى الفضولي؛ إذ هو الذي لو رجع به إلى الفضولي يلزم تلفه من كيس البائع، وورود الضرر عليه في ماله من دون علّة لا نفس الثمن، فإنّه لا ربط له بالبائع وليس من أمواله كي يلزم كون التلف منه على تقدير رجوع المشتري به عليه، بل هو مال المشتري عند البائع يجب دفعه إليه.

ما يغترمه
في مقابل
العين
٥٠٣-٥٠٢:٣

٣٠/١٤٧

قوله: لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف.

أقول: غاية الأمر غرامته للبائع على تقدير الصدق، وللمالك غير البائع على تقدير الكذب، فعلى كلّ حال لا بدّ من غرامة مقدار الثمن، فلا بدّ أن يكون منشأ تلك الغرامة غير تغير البائع وكذبه وهو إقدامه على ضمانه والتزامه به؛ إذ لو كان متشوّها كذبه كان اللازم انتفاءها في فرض الصدق، وقد مرّ عدم الفرق بينهما.

٣١/١٤٧

قوله: ومما ذكرنا يظهر اندفاع.

أقول: يعني من تحقّق الغرور بالنسبة إلى خصوص ما يزيد عن المساوي للثمن.

٣٣/١٤٧ قوله: توضيح الاندفاع أن الإقدام.

أقول: حاصل ما ذكره في التوضيح: أنه لا إشكال في عدم تحقق الغرور مع الإقدام، وإنما الإشكال في الصغرى؛ لأنه إن كان المراد من إقدام المشتري على ضمان العين إقدامه على ضمانها بقيمته الواقعية وإن زادت عن المسمى فهو ممنوع؛ وإن كان المراد منه الإقدام على ضمانها بالثمن لا غير، غاية الأمر جعل الشارع هذا النحو من الإقدام - أي الأقدام على الضمان بالمقدار الخاص مع القبض وفساد العقد - سبباً تاماً للضمان بالقيمة الواقعية وإن زادت على ما أقدم، بمعنى أن الشارع جعل الإقدام على الضمان بالثمن مع القيود المذكورة علّة تامة لما لم يقدم عليه وهو الزائد على مقدار الثمن من القيمة الواقعية؛ فهو مُسَلَّم، إلا أن هذا لا يجديهِ؛ لأنّ مجرد تسبّب الضمان من الإقدام يمنع من صدق الغرور فيما إذا كان مقدّماً عليه كمقابل الثمن، لا فيما لم يكن مقدّماً عليه وإن تسبّب ضمانه عنه كالزائد على الثمن.

هذا كله بناء على كون الضمان مسبباً عن الإقدام ولو بشرط القبض، وأمّا بناء على التحقيق من تسبّب الضمان من القبض واليد، فوجه الاندفاع واضح؛ إذ بناءً عليه ليس ضمان المقدار الزائد عن الثمن مقدّماً عليه حقيقة ولا سبباً عنه تعبّداً حتى يقال: إنه لا غرور مع الإقدام، وهذا بخلافه على الأوّل؛ فإنّ ضمانه حينئذٍ لمّا كان مسبباً عن الإقدام بالضمان بالثمن يمكن أن يقال بأنّه مع الإقدام - أي مع تسبّب الضمان عن الإقدام ولو تعبّداً - لا غرور، وإن كان ليس بشيء لما ذكرنا أنّ مجرد ذلك ما لم يكن مقدّماً عليه لا يمنع من صدق الغرور.

٣٥/١٤٧ قوله: والضمان المسبّب عن هذا الإقدام.

أقول: يعني ضمان الزائد عن مقدار الثمن من القيمة الواقعية.

١١/١٤٨ قوله: إذا رجع إليه.

أقول: يعني إذا رجع المالك إلى المشتري.

قوله: قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة.

١٤/١٤٨

أقول: لا يخفى عليك أنّ ورود الإشكال السابق - وهو استقرار الضمان على اللاحق الذي تلف في يده العين - ليس مبنياً على القول باشتغال ذمة الضامن بقيمة المال بعد التلف أو مثله، كما هو مختاره عليه السلام في معنى الضمان؛ لأنّه وارد على المختار أيضاً في معناه من أنّه في صورة تلف العين مثل وجودها عبارة عن العهدة، ولازمه صرف التكليف بردّ العين إن وجدت وردّ بدلها إن تلفت.

فالبحث عن كيفية الاشتغال إنّما هو لكونه مقدّمة لما اختاره في الجواب عن هذا الإشكال فيما بعد بقوله: «فنقول: إنّ الوجه في رجوعه - أي رجوع السابق الغير الغارّ إلى اللاحق - أنّ السابق».

١٨/١٤٨

قوله: كان معناه.

أقول: أي معنى ثبوت الشيء في العهدة المتعدّدة.

١٩ - ١٨/١٤٨

قوله: الخروج عن العهدة.

أقول: هذا مفعول ثانٍ للمطالبة، وفي بعض النسخ المصحّحة «بالخروج» بالباء متعلّق بالمطالبة، ولعلّه أحسن وضمير «أحدها» في قوله: «وإذا استوفى أحدها» راجع إلى الأبدال المستفادة من الكلام السابق، ضمير «كونها» على تقدير صحّة النسخة راجع إلى «الباقى» بلحاظ المعنى، فإنّ المراد منه الإبدال، والصواب «كونه» بدل «كونها».

٢٢/١٤٨

قوله: إذ يستحيل اتّصاف.

أقول: هذا علّة لقوله: «لم يكن بعنوان البدلية».

قوله: ضمان المال.

أقول: يعني من المال الدّين، ومراده من «ضمان عهدة العوضين»: ضمان شخص غير المتبايعين عهدة الثمن للبائع وعهدة المثلث للمشتري.

٢٣/١٤٨ قوله: وضمان الأعيان المضمونة.

أقول: كضمان شخص عهدة الأعيان التي ضمنها شخص آخر قبله، كما

في ضمان شخص في العارية المضمونة وفي العين المغصوبة.

١٩/١٤٨ قوله: فهو يملك ما في ذمة كلّ منهم على البذل.

أقول: لكن من حيث إنّه بدل عن العين التالفة وتدارك لها.

٢٧/١٤٨ قوله: ضمنه له.

أقول: لقاعدة الغرور.

قوله: فالمقصود بالكلام.

أقول: يعني أنّ المقصود بالكلام في رجوع السابق إلى اللاحق لو رجع المالك إلى السابق، وفي بيان وجهه ما إذا لم يكن السابق غارّاً له فنقول: إنّ الوجه في رجوع السابق الغير الغارّ إلى اللاحق هو أنّ السابق اشتغلت ذمّته بالبدل قبل اللاحق... إلى آخره.

وفيما ذكره من القبلية نظر جليّ؛ ضرورة مدخلية التّلف في اشتغال ذمّة كلّ منهما بالبدل، وكونه شرطاً في تأثير ذلك بحيث لولاه لما وجد ذلك، بل يكون نفس العين في عهدة ذي اليد، فبمجرّد التلف كما يتمّ سببية يد السابق لاشتغال ذمّته بالبدل كذلك يتمّ سببية يد اللاحق له أيضاً دفعة وفي آن واحد. وبالجملّة: السبق واللّحوق إنّما هو بالنسبة إلى أحد جزئي العلة التامة، وهو إثبات اليد على مال الغير، وهو بانفراده لا يؤثر في الاشتغال بالبدل، وأمّا بالنسبة إلى الجزء الآخر - أعني التّلف - فلا سبق ولا لحوق، بل كلاهما في عرض واحد، فيكون اشتغالهما في وقت واحد وهو وقت التلف، فإذا حصل المال في يد اللاحق لا يضمن هو مثل السابق إلّا نفس المبدل، ولا فرق فيما ذكرنا من المنع بين أن يكون المراد من اشتغال الذمّة بالبدل كونه ديناً في الذمّة أو وجوب أداء البذل، كما لا يخفى.

حكم الأيادي
المتعاقبة
ببعضها
بالنسبة إلى
بعض ٣: ٥٠٨

وجه رجوع
الضامن
السابق إلى
اللاحق ٣: ٥٠٨

٢٨/١٤٨

قوله: فهذا الضمان يرجع.

أقول: يعني ضمان اللاحق شيئاً له بدل يرجع إلى ضمانه واحداً من البدل
للسابق والمبدل للمالك على البدل، ومعنى ضمانه لو أخذ منها: اشتغال ذمته
أي اللاحق إما ببدل المبدل الذي صار في يده لمالك المبدل، وإما ببدل البدل
لذي اليد السابق عليه في فرض تلف المبدل في يد اللاحق، ورجوع المالك
إلى السابق وأخذ البدل منه، والوجه في رجوعه إليه أنه لا يعقل عدم رجوعه
إليه، بأن كان اللاحق يضمن المبدل مُعَيَّناً للمالك من دون أن يضمن البدل
للسابق.

٣٠/١٤٨

قوله: بخلاف ما يدفعه الأول.

أقول: بل هو أيضاً بدل عما اشتغلت ذمة الثاني ببده؛ ضرورة حدوث
ضمان الثاني، ومعناه حدوث البدل في ذمته.

٣٥/١٤٨

قوله: إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل.

ما أفاده
صاحب
الجواهر في
وجه الرجوع
٣: ٥٠٩

أقول: لا دليل على الاشتغال إلا حديث «على اليد»، وقد مرّ غير مرّة أنه
لا يدلّ على اشتغال الذمة، وإنما مفاده شيء واحد بالنسبة إلى حالتي بقاء المال
وتلفه، ولا ريب أنه لا اشتغال في حال البقاء، فحال من تلف في يده كغيره في
كون الخطاب شرعياً وضعياً، بمعنى كون المال المأخوذ على عهدة الآخذ.
وبالجملة: فالخطاب الذمي - بمعنى اشتغال ذمة الآخذ بالبدل للمالك
بحيث يكون مديوناً له ويكون هو مالكاً لشيء في ذمته - مفقود حتى فيمن
تلف بيده.

قوله: وإن جاز له إلزام غيره.

أقول: ضمير «له» راجع إلى المالك، وضمير «غيره» و «ذمته» راجع إلى
«من» في قوله: «من تلف في يده»، وضمير «به» و «أدائه» راجع إلى «ما» في
قوله: «ما اشتغل ذمته». و «ما» في قوله: «ما للمالك» مفعول «يملك»، وضمير

شروط المتعاقدين / حكم المشتري مع الفضولي (فيما يفرمه للمالك زائداً على الثمن) ١٨٩

«ذمته» راجع إلى «من» في «من تلف» وقوله: «بالمعاوضة» متعلق بـ «يملك».

٢/١٤٩ قوله: إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة لمال واحد.

أقول: وكذا لا دليل أيضاً على شغل ذمة واحدة، هذا مع أن الدليل لا يقتضي أن يكون صاحب الذمة الواحدة من تلف في يده المال دون غيره.

٤/١٤٩ قوله: مع أنه لا يكاد يعرف خلاف.

المناقشة فيما

أفاده صاحب

الجواهر

٣: ٥٠٩-٥١٠

أقول: بعد كون المدرك قاعدة اليد التي عرفت عدم دلالتها على الاشتغال أصلاً لا مخافة من عدم الخلاف، مع أنه يمكن أن يكون مرادهم من اشتغال الذمة: مجرد تكليفهم بالخروج عن العهدة بأداء بدل الذي هو من آثار الوضع، أعني الضمان وكون المال على العهدة مثل التكليف بأداء نفس العين حال البقاء.

٥/١٤٩ قوله: نظير الاشتغال بغيره من الديون.

أقول: هذا راجع إلى قوله: «مشغول الذمة». وغرضه من التنظير بيان أن الثابت في الذمة ليس مجرد التكليف بأداء البدل.

٧/١٤٩ قوله: ولا قهري.

أقول: يمكن أن يقال: إن مجرد دفع البدل سبب قهري عند الشارع للتملك، كسبيّة المزج للشركة القهرية، وضياع أحد الدراهم الثلاثة للشركة في أحد الباقيين بالمناصفة في مسألة الودعي، فتأمل.

قوله: بل المتّجه على ما ذكرنا.

أقول: يعني بالموصول ما ذكره قبل ثلاثة وعشرين سطراً بقوله: «وحيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببطل لا أزيد».

٩-٨/١٤٩ قوله: مع أن الظاهر خلافه فإنه يجوز.

أقول: مجرد استظهار الإجماع على الجواز كما هو ظاهر العبارة ما لم يكن قطعياً لا يصلح رداً على الخصم.

وكيف كان، فضمير «خلافه» راجع إلى «اللازم» وهو عدم رجوع الغارم إلى أحد لواحقه، والضمير المستتر في «كان» وكذا ضمير «فهو» راجع إلى «الواحد» في قوله: «إلى كل واحد».

١٠/١٤٩

قوله: فإن لم يمكن انتزاعها.

لو كانت العين باقية في الأيادي المتعاقبة ٥١١:٣

أقول: يعني فإن لم يمكن لمن جرت يده عليها انتزاعها... إلى آخره، والضمير المستتر في «غرم» راجع إلى «من» في قوله: «من جرت»، ولو كانت «له» بين «فإن لم يمكن» وبين «انتزاعها» لكان أحسن، ولعلّ عدمه من غلط النسخة، وضمير «استرداده» راجع إلى «من» في قوله: «ممن هي في يده»، أي للمالك طلب ردّ العين ممن هي في [يده] فيفسد أخذ العين منه [و] يرد بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

١١/١٤٩

قوله: على مطالبة الأول.

أقول: يعني مطالبته برّد العين.

١٢/١٤٩

قوله: وإن بذل ما بذل.

أقول: يعني في تحصيلها وأخذها من الثاني.

قوله: ولو لم يقدر على استردادها.

أقول: هذا بقريئة قوله: «فيغرم بدل الحيلولة» إنّما هو فيما إذا لم يأخذ بدل الحيلولة، وأمّا إذا حدثت بعد أخذها القدرة على ذلك مختصةً بالمالك، فينتفي الوجه الثاني ويأتي غيره من الوجوه الثلاثة.

[• بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه]

١٩/١٤٩

قوله: وكذا مع الرّدّ.

الأقوى الصحة والدليل عليه ٥١٣-٥١٤:٣

أقول: الظاهر عدم الإشكال في الصحة بالنسبة إلى مال البائع لصحيحة صفار والإجماع، فتأمل.

وعدم الإشكال في الخيار للإجماع، وإنّما الإشكال في أنّ الصّحة على طبق القاعدة أو على خلافها؟ بمعنى أنّ البائع هل صدر منه عقد وبيع بالنسبة إلى ماله الذي هو جزء المبيع والمعقود عليه أم لا؟

وعلى الأوّل هل هو واجد لشرط الصّحة ووجوب الوفاء، وهو التراضي والطيب، حتى يكون الصّحة مقتضى الإطلاقات، فيتعدّى إلى غير البيع وإلى ما كان التبعض من جهة تخلف الشرط أم لا؛ نظراً إلى أنّ العقد والتراضي إنّما وقع على المجموع لا على البعض ومع التبعض لا عقد ولا تراضي كي يكون الصّحة على خلاف الإطلاقات لخروجه عنها من حيث الموضوع، ولعدم التراضي، فلا يتعدّى عن مورد النصّ من كون التبعض من جهة تخلف الشرط.

فليعلم أنّ الأمور المتعدّدة بالقياس إلى تعلّق القصد به، وكذلك الرضا بانتقاله في عالم اللب تتصوّر على أنحاء:

الأوّل: أن يكون كلّ واحد منها مقصوداً بالاستقلال قد أنشأ الكلّ بلفظ واحد نظير العموم الاستغراقي، وعلى هذا يكون البيع بيوعاً عديدة يلاحظ في كلّ واحد منها أدلّة الصّحة المقيّدة بأدلّة اعتبار الرضا، فبالقياس إلى مال نفسه يصحّ ويلزم، وبالقياس إلى مال الغير يكون فضولياً يحكم عليه بأحكامه، فيصحّ مع الإجازة ويبطل مع الردّ.

الثاني: أن يكون المجموع من حيث المجموع وبقيد الاجتماع متعلّق أصل القصد، بحيث لولا الاجتماع لا قصد ولا رضا، ولا ريب في البطلان حينئذٍ مع التبعض.

والثالث: أن يكون المجموع متعلّق مرتبة أكيدة من القصد والرضا من جهة قيام مصلحة أكيدة بالمجموع، فلو انتفى الاجتماع فتارة:

يكون الباقي أيضاً مقصوداً من أوّل الأمر لكن بهذه المرتبة الشديدة لقيام مصلحة أخرى به كذلك، فيصحّ في ماله أيضاً مطلقاً حتى مع الردّ إمّا مع الخيار؛

لأجل تبعض الصفقة بناء على دلالة حديث «نفي الضرر» على ثبوت الخيار؛ لاحتمال أن يكون الإجماع على ثبوته مستنداً إلى الحديث؛ وإما بدونه بناءً على عدم دلالة عليه كما هو الظاهر على ما يأتي بيانه إن شاء الله في خيار الغبن.

والأخرى يتجدد القصد إليه لتجدد المصلحة فيه فيبطل في ماله مع الرد، فتأمل.

إذا عرفت ذلك فنقول: إن علم من الخارج أحد هذه الأنحاء فهو، وإلا فيمكن أن يقال: إن الظاهر عرفاً هو الأول من نحوي النحو الثالث؛ لأننا إذا رجعنا إليهم نرى أنهم - فيما إذا ظهر فساد جزء من المبيع عندهم - ربما يردون الجزء الفاسد إلى بائعه ويلتزمون بالباقي جرياً على العهد السابق والتزاماً بمؤداه، وليس هذا عندهم عقداً جديداً وعهداً مستأنفاً، فهو عندهم مثل أن العقد من أول الأمر وقع على خصوص هذا الجزء الصحيح.

ونراهم أيضاً أن التزامهم بالعقد في ذاك الجزء الصحيح إنما هو مع كون الرضا وطيب النفس معتبراً عندهم، مع قطع النظر عن الشرع وكونهم من أهل سائر الملل والأديان؛ حيث إن بناءهم على عدم جواز أكل مال الغير بدون رضاه، وعلى ذلك فالتزام أهل العرف ببعض مقتضى العقد مع بنائهم على اعتبار الرضا يكشف عن كفاية هذا المقدار من القصد والرضا في النقل والانتقال. ونرى أنهم ليسوا ملزمين على الالتزام بالباقي، بل لهم أن يردوا أيضاً، فيكشف ذلك عن ثبوت الخيار عندهم ولم يثبت ردع الشارع.

فظهر أن الصحة والخيار على طبق الخيار، ومن ذلك يعلم الكلام في مسألة بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير، وأن البيع فيما يقبله صحيح جائز لعدم الفرق بين المسألتين إشكالاً وجواباً فلانعيد الكلام هناك. هذا، والإنصاف أن في دعوى كون المسألتين من النحو الذي ذكرناه

إشكالاً، بل منعاً، فقد يكون منه وقد يكون من غيره، وقد يشكّ، فما لم يعلم أنّه من النحو الأوّل أو الأوّل من الثالث يحكم بالبطلان إلاّ أن يقوم دليل على الصحّة فيقتصر على مقدار دلالتّه، وما ذكرنا من حكم العرف في بيع ما يملك وما لا يملك بكون الالتزام بالنسبة إلى ما يملك عين الالتزام الأوّل لا التزاماً جديداً، إنّما هو فيما إذا علم أنّه بأحد التحوين المذكورين لا مطلقاً.

ومما ذكرنا في تخلف الجزء يعلم الحال في تخلف الوصف والشرط، بل القول بالصحّة فيه أشكل منه في المقام؛ ولذا ذهب جماعة من المحقّقين إلى البطلان هناك، بخلاف المقام؛ فإنّه لم ينقل القول بالبطلان صريحاً إلاّ من المحقّق الأردبيلي رحمته الله.

وكيف كان، فالأظهر في النظر في كلا المقامين هو البطلان بالتخلف بمقتضى القاعدة، إلاّ فيما إذا علم كون الباقي بعد التخلف مورداً للغرض ومتعلّقاً للقصّد والرّضا من أوّل الأمر أو قام دليل تعبّدي على الصحّة، ويأتي بعض الكلام في ذلك في باب الشروط إن شاء الله.

قوله: وطريق معرفة حصّة كلّ منهما. ٢٣/١٤٩

طريق معرفة
حصّة كلّ منهما
من الثمن ٥١٥:٣

أقول: هذا الطريق الذي محصله تقويم كلّ من المالين منفرداً عن الآخر ثمّ جمع القيمتين ونسبة إحداهما إلى المجموع والأخذ من الثمن بتلك النسبة من دون تقويم المالين مجتمعاً أحدهما مع الآخر على إطلاقه، غير صحيح؛ إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة قيمة أحدهما ونقصان قيمة الآخر؛ فإنّه فرض ممكن؛ وذلك للزوم الضرر حينئذ على أحد المالكين، كما أنّ طريق الشرايع والقواعد واللمعة الذي لا بدّ فيه، مضافاً إلى ما مرّ في الطريق الأوّل من تقويم المالين مجتمعاً أحدهما مع الآخر لا يستقيم فيما إذا كان لاجتماع المالين دخل في زيادة قيمتهما معاً أو نقصانها كذلك، فالأولى في طريق التقسيط ما ذكره السيّد الأستاذ العلامة رحمته الله وهو أن يقوم كلّ

منهما منفرداً لكن بملاحظة صفة الانضمام، ثم يؤخذ لكلّ منهما جزء من الثمن كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. انتهى بأدنى تغيير منّا.
ولا يخفى أنّ ما أفاده عبارة أخرى عن أن يقوموا جميعاً، ثمّ يقوم أحدهما منفرداً لكن مع ملاحظة وصف الانضمام مع الآخر، أي يلاحظ أنّ أيّ مقدار من قيمة المجموع يخصّ بكلّ واحد منهما منفرداً مع حفظ وصف الانضمام والاجتماع؛ لأنّ تقويمه كذلك إنّما هو هذا، ثمّ يؤخذ من الثمن بنسبة قيمته إلى المجموع، وحينئذ يوافق ما ذكره مع الطريق الذي ذكره الجماعة؛ بناءً على أن يكون مرادهم من تقويم أحدهما بعد تقويم المجموع تقويمه منفرداً مع ملاحظة وصف الانضمام كما وجه به كلامهم صاحب الجواهر رحمته، بل ظنّي أنّه أخذ ما اختاره من الطريق ممّا ذكره صاحب جواهر الكلام توجيهاً لكلامهم.
وكيف كان، فالطريق المستقيم ما اختاره السيّد الأستاذ.

٢٦/١٤٩

قوله: ولهذا فسّر بهذه العبارة.

أقول: يعني من العبارة هنا وفي قوله: «لكنّ الإنصاف أنّ هذه العبارة» عبارة الشرائع والقواعد واللمعة من أنّهما يقومان جميعاً ثمّ يقوم أحدهما، والمراد من عبارة الإرشاد قوله: «ويقسّط على القيمتين»، وضمير «قال» راجع إلى المحقّق الثاني، وتتمّة عبارته التي أشار إليها بقوله: «إلى آخره» عين عبارة الجماعة الثلاثة المذكورة، يعني ولأجل كون ما ذكر من الطريق مرجع ما في القواعد والشرائع واللمعة فسّر المحقّق الثاني بعبارتهم المذكورة عبارة الإرشاد المتقدمة من أنّه يقسّط المسمّى على القيمتين، حيث قال المحقّق الثاني في شرح عبارة الإرشاد المذكورة: وطريق تقسيط المسمّى عن القيمتين أن يقوموا جميعاً، ثمّ يقوم أحدهما، ثمّ تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين.

كيفية تقسيط
الثمن عند
جماعة من
الأعلام
٣: ٥١٥-٥١٦

٢٨/١٤٩

قوله: إذ ليس هنا.

أقول: أي فيما اخترناه من الطريق.

قوله: إمّا محمول على الغالب. ٣٤/١٤٩

أقول: قد مرّ لما ذكره وجه وجيه يوافق المختار فراجع ولاحظ.

قوله: التي يمكن القول فيها. ١/١٥٠

أقول: في هذا التوصيف إشارة إلى إمكان التفصّي عن النقض بالصورة المذكورة مع الالتزام به وهو كذلك؛ لأنّه لا مانع عن الالتزام به إلّا لزوم الضرر والإجحاف على المشتري، وهو ممّا لا غائلة فيه بعد إمكان جبره بالخيار الثابت له، وهذا بخلاف النقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقض القيمة؛ فإنّه من جهة لزوم الجمع بين العوض والمعوّض كما في المثال المذكور في المتن لا يمكن الالتزام به.

قوله: وإن كان ضعيفاً.

أقول: وجه الضعف ما ذكره قبل ذلك بقوله: «والحاصل... إلى آخره».

قوله: فإنّ هذا فرض ممكن. ٢/١٥٠

أقول: كما لو تعلّق البيع بعبدین وفرض العلم لكلّ أحد يعرفهما بأنّه يترتّب على اجتماعهما عند مولى واحد سيّما في بيت واحد من المفساد، كالخيانة والسرقة والتهاون في الخدمة إلى غير ذلك؛ لاعتماد كلّ واحد منهما على الآخر حسبما تواطنا عليه ما لا يترتّب على تفرّقهما؛ ولذا ينقص قيمتهما بسبب الاجتماع لعدم الرغبة غالباً من غالب الناس والحال هذه في شرائهما، بخلاف صورة الانفرد؛ فإنّها من جهة عدم ترتّب المفساد المذكورة عليها يبقى قيمة كلّ منهما على حالها أو يزيد.

قوله: بثمانية. ٤/١٥٠

أقول: الجارّ متعلّق «بباع».

قوله: إلى مجموع القيمتين.

أقول: كان الأولى أن يقول: إلى قيمتها مجتمعين، فافهم.
قوله: فالزيادة ظلم على المشتري وان كان ما أوهمه... إلى قوله: أشدّ
ظلماً.

٨-٧/١٥٠

أقول: الإيراد ناظر إلى ما ذكره المصنّف رحمه الله بقوله: «والتحقيق في جميع
الموارد ما ذكرنا»؛ لأنّ قضية ما ذكره من طريق التقسيط: أنّ كلّاً من المالك
والبائع يستحقّ درهمين ونصفاً من خمسة الثمن في الفرض الذي ذكره في
مصراع الباب، وقضية ما ذكره في الشرائع ومن تبعه: أنّ المالك يستحقّ درهماً
والبائع يستحقّ أربعة دراهم، وقضية ما ذكره في السؤال: أنّ كلّاً من البائع
والمالك يستحقّ درهماً في مقابل ملكه، فإنّه قيمة كلّ من المالكين منفرداً
والثلاثة الزائدة الناشئة من وصف الاجتماع يبقى للمشتري، فإنّ ذلك الوصف
لم يسلم له مع ردّ مالك أحدهما، فالحكم باستحقاق البائع للزيادة وهو درهم
ونصف نظراً إلى أنّ الثلاثة الزائدة لما كانت في مقابل وصف الاجتماع المتقوم
بملك كلّ من البائع والمالك، المقتضي لكون نصفها للبائع والآخر لصاحب
المال الآخر كما كان الأمر كذلك على تقدير الإجازة، فمع ردّ المالك البيع في
ماله لا يستحقّ البائع هذه الزيادة حتى النصف الذي كان للمالك على تقدير
الإجازة؛ لأنّها ليست من توابع ملك المالك فيبقى للمشتري.

أمّا نصفها الآخر فلما كان من توابع ملك البائع فيستحقّه البائع مضافاً إلى
قيمة ملكه منفرداً أعني الدرهم الواحد، ظلم على المشتري؛ فإنّ هذا المقدار
من الزيادة أيضاً كان في قبال وصف الانضمام الذي لم يبقّ للمشتري، كما أنّ ما
أوهمه عبارة الجماعة من استحقاق البائع لتمام الأربعة من قيمة ملكه منفرداً
وهو الدرهم الواحد ومن الثلاثة الناشئة من الهيئة الاجتماعية، أشدّ ظلماً.

والحاصل: أنّ فيما ذكره في السؤال من الطريق لا يلزم ظلم على
المشتري، بخلافه على طريقة المصنّف وطريقة الجماعة، فإنّ الظلم عليه لازم

فيهما وإن كان في الثاني منه أشدّ منه في الأوّل بمقدار النصف، فلا بدّ من جعل الطريق ما ذكر في السؤال حذراً من تجويز ما يستلزم القبيح العقلي الفطري. هذا محصّل السؤال، وغاية مبناه: كون وصف الاجتماع بنفسه مقابلاً للمال.

ومحصّل الجواب: منع المبنى المذكور وأنّ الوصف المذكور ليس في قبالة شيء من الثمن، وإنّما يوجب زيادة قيمة المال وتخلّف ذاك ينتج الخيار لقاعدة نفي الضرر على مذاق الأصحاب من إثباتها الخيار لا استرداد جزء من الثمن مضافاً إلى مقابل مال المالك الآخر، وإلا يلزم أخذ جزء من الثمن من دون ردّ مقابله.

١١/١٥٠ قوله: فإنّه لا يوزّع الثمن على قيمة المجموع.

أقول: كما هو مقتضى متوهم عبارة الشرائع على ما فهمه المصنّف.

١٢/١٥٠ قوله: ويؤخذ النسبة منهما.

أقول: أي يلاحظ نسبة قيمة الثلاث إلى مجموع القيمتين.

[• بيع نصف الدار]

١٤/١٥٠ قوله: لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار إلى آخره.

أقول: إضافة الملك إلى الدار بيانية، ولو ترك المضاف لكان أولى.

وكيف كان، فالكلام إلى هنا كان في حكم العقد مع العلم بكونه فضولياً،

ومن هنا شرع في حكمه مع الشك فيه من جهة الشك في وقوعه على مال الغير أو على مال العاقد؛ لقابلية المحلّ لكون العاقد أصيلاً وغير أصيل، وهذا النحو من الشك يتصوّر على أنحاء؛ إذ قد يكون ناشئاً من الشكّ في كيفة القصد مع العلم بالمبيع الذي تعلّق به القصد وعدم الإجمال فيه سواء كان كلياً، كأن باع مثلاً من حنطة ولم يعلم أنّه قصد كون المبيع لنفسه أو لغيره، أو قصد كونه في ذمّة

لو باع من
له النصف
النصف مشاعاً
٥٢٢-٥٢١:٣

نفسه أو ذمّة غيره.

أو كان جزئياً خارجياً، كأن باع ذو الخيار شخص ما انتقل عنه ولم يعلم أنّه قصد كونه لنفسه حتى يكون فسخاً ويقع البيع على ماله، أو كونه لغيره حتى يكون فضولياً.

وقد يكون ناشئاً من الشك في متعلّق البيع والإجمال فيه لتردّد العنوان الذي وقع عليه البيع بين أمرين أو أمور: إمّا لأجل الاشتراك اللفظي كما في بيع الغانم الذي هو اسم لعبد البائع وعبد الغير، أو لأجل الاشتراك المعنوي كما في بيع نصف الدار؛ فإنّه مشترك من حيث المعنى بين نصف البائع ونصف شريكه والنصف المشاع بينهما.

ومجمل القول في حكم هذه الأقسام: أنّ مقتضى أصالة عدم قصد كونه للغير في القسم الأول من القسم الأول وهو ما كان المبيع كلياً وقوع البيع لنفسه، ولا يعارضها أصالة عدم قصد كونه لنفسه؛ لأنّ المعارضة مبنية على توقّف وقوعه له على قصد كونه لنفسه، وليس كذلك؛ إذ يكفي فيه عدم قصد كونه للغير نظير كفاية عدم ذكر الأجل في كون عقد النكاح دائماً، ومنه يظهر اندفاع توهم كون الأصل مثبتاً.

ومن حكم هذا يعلم حكم القسم الثاني منه، وهو ما كان المبيع فيه جزئياً خارجياً وأنّه عكس القسم الأوّل؛ إذ مجرد عدم قصد نفسه هنا يكفي في الفضوليّة ولا يحتاج إلى قصد الغير، وإنّما المحتاج إلى القصد وقوعه لنفسه، لا لأنّ العقد لنفسه يتوقّف على قصد نفسه، بل لأنّ شرط وقوعه له - أعني كونه ملكه - يتوقّف عليه.

وأما القسم الأوّل من القسم الثاني - أعني ما كان المبيع مشتركاً لفظياً - فمورد الكلام ما علم أنّه أراد أحد المعنيين معيّناً، وإلا فلو أراد أحدهما على التعيين لكان باطلاً إجماعاً، فلا يبقى مجال للتكلّم في وقوعه للبائع أو للغير،

والذي ينبغي أن يقال فيه: إن مقتضى القاعدة وقوع البيع للعاقد وانصراف المبيع إلى عبده لا لأصالة القصد في الكلام التي هي من الأصول العقلائية عند دوران الأمر بينه وبين عدمه بناء على عدم القصد في الفضولي، كما هو ظاهر عبارة الشهيد الثاني لما مرّ غير مرّة من عدم صحّة ظاهره وأن مراده منها شيء آخر؛ ولا لأصالة عدم قصد الغير؛ لأنّه مثبت في المقام ومعارض بأصالة عدم قصد نفسه؛ لأنّ مرجع الشكّ فيه هنا إلى الشكّ في قصده بيع مال نفسه أو بيع مال غيره.

وبعبارة أخرى: بيع هذا العبد أو ذاك العبد، ومن المعلوم أن كليهما حادثان مسبوقان بالعدم، فإجراء أحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح. وبالجملّة: فرق بين المقام والقسمين الأوّلين، بل لما ذكره المصنّف من ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ «المبيع» في مقام التصرف إلى مال المتصرف، فيفسّر بهما إجمال لفظ المبيع ويكونان قرينة معيّنة للمراد من اللفظ المشترك.

ومراده من الانصراف هنا ليس معناه الاصطلاحي المختصّ بالمطلقات، بل معناه اللغوي الحاصل من القرينة، فيكون منشأ الظهور الثاني قرينة المقام، نظير ظهور الأمر الواقع عقيب الحظر في الإباحة على القول به، ولا كلام فيه، وإنّما الكلام في وجه الظهور الأوّل، أعني: ظهور البيع في وقوعه لنفسه، ولعلّه من باب الغلبة، ومدرّك حجّيتها في المقام بناء العقلاء بدعوى أنّ بناءهم على حمل البيع على الأصالة في المورد القابل لها.

وفيه تأمل صغرى وكبرى، والظاهر من المصنّف عليه السلام أنّ الوجه فيه الإطلاق حيث قال في ذيل العبارة: «إنّ ظهور التملك في الأصالة من باب الإطلاق، وظهور النصف في الإشاعة وإن كان كذلك أيضاً إلا أنّ ظهور القيد وارد على ظهور المطلق. انتهى».

ونظير هذا ظهور الأمر في التعيني والعيني فإنه أيضاً من باب الإطلاق، وعدم تقييده بما يدل على التخييري والكفائي؛ نظراً إلى كفاية الإطلاق في ذلك من جهة احتياجهما إلى مؤنة زائدة على صرف ملاحظة متعلق الأمر وملاحظة المخاطب، فكذا المقام كما أشار إليه في صدر العبارة بقوله: «لأن بيع مال الغير لا بدّ فيه إمّا من نيّة الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه، وإمّا من بنائه على ملكه للمال عدواناً كما في بيع الغاصب، والكلّ خلاف المفروض»، يعني بخلاف بيع مال نفسه فإنه لا يحتاج إلى أزيد من قصد البيع.

ولكن لا يخفى أن بيع مال الغير أيضاً لا يحتاج إلى أزيد من إيقاع البيع على ماله الخارجي، مثل بيعه مال نفسه المحتاج إلى إيقاعه على ماله الخارجي في الأموال الشخصية ومنها المقام، وإنّما الذي يحتاج الفضوليّة إلى أزيد من إيقاع البيع على متعلّقه وهو قصد كونه للغير مثلاً إنّما هو في الأموال الكلّية.

وأما الثاني من هذا القسم، وهو ما كان عنوان المبيع بحسب الوضع مشتركاً معنوياً كنصف الدار، ففيه صور:

إحداها: ما علم أنّه قصد مصداقاً معيّناً من مصاديق مفهوم هذا اللفظ، وشكّ في أنّه نصف نفسه أو نصف شريكه أو النصف المشاع بينهما.

ثانيها: ما إذا علم أنّه قصد خصوص المصداق الذي كان لفظ المبيع مثل النصف ظاهراً فيه من حيث هو مع قطع النظر عن وقوعه في حيّز البيع، ومقتضى القاعدة حينئذٍ الإشاعة في الإشاعة لظهوره فيه من حيث هو.

ثالثها: ما إذا علم أنّه قصد خصوص المصداق الذي كان لفظ النصف ظاهراً فيه بلحاظ وقوعه في حيّز البيع.

رابعها: ما إذا علم أنّه لم يقصد المصداق أصلاً، وإنّما قصد مفهوم اللفظ الكلّي الجامع بين المصاديق.

خامستها: ما إذا لم يعلم أنّه قصد المصداق أو المفهوم الجامع.
أمّا الصورة الأولى، فإن كان للإيجاب ظهور في إحدى المصاديق، ولو بواسطة قرينة الغلبة والقرينة المقامية أو الحالية فهو المتّبع، وإلا فهو مندرج تحت قاعدة «ما لا يعلم إلا من قبله» فلا بدّ من الرجوع إلى البائع وتعيين مراده. وأمّا الصورة الثانية، فالظاهر أنّه يحمل على الإشاعة؛ لأنّ النصف من حيث هو غير مقيّد بقيد من القيود الثلاثة ظاهر في الإشاعة؛ إذ يكفي فيه عدم تقييد النصف بحصّته وحصّة شريكه، والظاهر خروج هذه الصورة عن محلّ كلام المصنّف وغيره؛ إذ مع العلم بعدم قصده إلا ذلك كيف يجري فيه احتمال الاختصاص بحصّته؟

وأما الثالثة، فهي المقصود بالبحث هنا للمصنف، ولا بدّ فيها أيضاً مثل الأولى من ملاحظة الظهور ولو نشأ من القرينة، ولا فرق بينهما إلا في أن متعلّق القصد مجمل في الصورة الأولى؛ لاحتمال إرادة خلاف ظاهر اللفظ بخلاف هذه الصورة؛ للعلم بأنّ مراده مطابق لظاهر اللفظ في مقام البيع ومتّحد معه. وأمّا الرابعة، فلا إشكال في بطلان البيع فيها وخروجها عن محلّ انكلام؛ إذ مع العلم بعدم إرادة الفرد والمصداق كيف يحمل على الإشاعة في الإشاعة التي هي في عرض غيره من المصاديق في عدم تعلّق القصد به؟

وأما الصورة الخامسة، فالكلام فيها مثل الكلام في الصورة الأولى من دون فرق بينهما إلا في الحكم بالبطلان هنا في بعض الشقوق، وهو ما إذا عيّن البائع أنّ مراده مفهوم اللفظ مجرداً عن إرادة خصوصيّة مصداق من مصاديقه، بخلافه هنا، فإنّه يصحّ مطلقاً بدون الوقوف على الإجازة أو معه في الكلّ أو في البعض.

فقد علم ممّا ذكرنا: أنّ مورد البحث في المقام هو الصورة الثالثة، أعني ما علم أنّه لم يقصد من بين مصاديق مفهوم لفظ النصف الواقع عليه البيع إلا ما

كان ظاهراً فيه مع ملاحظة وقوعه في حيز الإيجاب، لا الصورة الرابعة، وعليه لا يبقى مجال لأن يستشكل على المصنّف بأنّه مع العلم بالمراد لا معنى لإعمال الظاهر الذي مورده صورة اشتباه إرادة الظواهر أو غيره؛ فإنّه مبني على كون محلّ البحث هو الصورة الرابعة لا الثالثة، كما لا يخفى.

قوله: وإلا فإن علم أنّه لم يقصد بقوله: بعتك نصف الدار، إلا مفهوم

١٥/١٥٠

هذا اللفظ.

أقول: قد علم من الحاشية السابقة أنّه يعني به قصد ما ينطبق عليه هذا المفهوم، ولو بملاحظة القرينة المقاميّة والمقاليّة وضميتها.

قوله: ففيه احتمالان.

أقول: لم يذكر احتمال حمله على نصف الغير، مع أنّه الأنسب بمسألة الفضولي؛ لعدم ما يكشف عن ذلك.

١٦/١٥٠

قوله: إمّا تعارض.

أقول: «إمّا» في العبارة خالية عن المعادل، وكان حقّ العبارة أن يقول: تعارض ظهور النصف في الإشاعة إمّا مع ظهور انصرافه... الى آخره، ومع ذلك أيضاً في العبارة ركازة؛ لأنّ التعارض بمجردّه لا يصحّ أن يكون منشأ الاحتمالين، وإنّما لازمه التساقط والحكم بصحّة البيع في نصف نصيب البائع وهو ربع الدار؛ للعلم بانتقاله على كلّ حال، والحكم بالبطلان في الربع الآخر للأصل الأوّلي.

فمراده عليه السلام: إنّ منشأ الاحتمالين تعارض ظهور النصف في الإشاعة مع أحد أمرين على سبيل منع الخلوّ: إمّا مع ظهور مقام التصرف في اختصاص المتصرف فيه بالتصرف وظهور التملك في الأصالة وتقديم أحد المتعارضين على الآخر، إمّا الأوّل على مقابله فلاحتمال الأوّل، وإمّا العكس فلاحتمال الثاني.

وكيف كان، ففرض المصنّف ﷺ أنّ المقام من باب تعارض الظهورين فاللّازم ملاحظة الأقوى منهما والأخذ بمقتضاه، فإن كان الأقوى ظهور النصف في الإشاعة فيحكم بالإشاعة، وإن كان الطرف الآخر المقابل له فيحكم باختصاص المبيع بنصف نفسه، وعلى فرض التساوي يحكم بتحقيق البيع وصحّته في ربه للعلم به، وفي الربع الآخر يرجع إلى القواعد.

ثم إنّ وجه ظهور لفظ النصف، أمّا في الإشاعة فهو الإطلاق وعدم تقييده بمقابل الإشاعة؛ لأنّ النصف المفروز لابدّ فيه من اعتبار التقطيع الخارجي وتصوّره، وإلا فلا وجود له في الخارج بعد كون الدار بين شخصين.

وأما في الإشاعة بين الحصّتين - أي كون النصف مع كونه مشاعاً في تمام الدار مشتركاً بين المالكين ربع من أحدهما وربع من الآخر، مقابل اختصاصه بأحدهما - فكذلك أيضاً هو الإطلاق؛ لأنّ اختصاصه بأحدهما لابدّ فيه من تقييد النصف ولو في النية باختصاصه به، والمفروض عدم توجّه قصده إلّا إلى صرف مفهوم اللفظ.

لا يقال: إنّ وصف الاشتراك بينهما مثل الاختصاص بأحدهما قيد زائد لابدّ فيه من ملاحظته واعتباره، والمفروض انتفاؤه أيضاً، فلا وجه للحمل عليه، بل قضية بطلان الترجيح بلا مرجّح بطلان البيع بناء على عدم احتمال القرعة.

لأنّا نقول: نعم، لكن يكفي في تحقّق قيد الاشتراك إضافة النصف إلى الدار مع عدم تقييده بما يفيد الاختصاص بأحدهما، بملاحظة أنّه لا إشكال في أنّ النصف جزء الدار التي لا وصف لها في الخارج إلّا كونها مشتركة بين الشخصين بالمناصفة، ومن الواضح أنّ وصف الكلّ وصف لكلّ ما يتصوّر له من الأجزاء وسار إليه عند التحليل، ما لم يعتبر له وصف منافٍ لوصف الكلّ كما هو المفروض في المقام؛ وذلك ضرورة أنّ وجود الكلّ عين وجود الأجزاء.

وبعبارة أخرى: يكفي في حصول صفة الاشتراك مجرد جزئية النصف للدار التي ليس لها وصف في الخارج وراء الاشتراك؛ إذ مقتضى الجزئية اتّصاف الجزء بوصف الكلّ لو خلّي وطبعه، وهذا بخلاف الاختصاص بأحدهما، فإنّه لما كان مخالفاً لوصف الكلّ، وكان اتّصاف الجزء به مخالفاً له فلا بدّ في تحصيله من اعتبار زائد.

هذا، ولا يخفى أنّه اشتباه محض؛ لأنّ الجزء الذي يتّصف بوصف الكلّ هو الجزء الخارجيّ العينيّ الشخصي، والنصف لا يكون كذلك إلا إذا أريد منه الجزء الخارجيّ المعيّن كهذا الطرف من الدار أو ذاك الطرف، وعليه لا يمكن توصيفه وتقييده بالإضافة إلى خصوص أحدهما إلا بعد ملاحظة القسمة والإفراز، وهو خلاف الفرض؛ إذ المفروض بيع النصف المشاع بوصف الإشاعة لا النصف المفروز.

وأما الجزء الانتزاعي الكلّي مثل النصف، فلا يلزم اتّصافه بوصف الكلّ، بل هو كما أنّه قابل للاتّصاف به كذلك قابل للاتّصاف بمقابله وهو الاختصاص بأحدهما، ولا يتعيّن أحدهما إلا بالتّعيين بتقييده بقوله: «لنا وبيننا» في الأوّل وبقوله: «لي أو لك» في الثاني، بل يمكن أن يقال: إنّ اتّصاف النصف المشاع في الدار بوصف الإشاعة فيها بالاشتراك بين المالكين؛ بحيث يكون رابعها لأحدهما والآخر للآخر مستلزم للخلف أو التناقض.

توضيح ذلك: أنّ عنوان النصف وكذلك سائر الكسور أمر إضافيّ إنّما يتحقّق هو بالإضافة إلى مجموع الدار المحلوظ شيئاً واحداً مثلاً، وطرف إضافته مجموع ما لوحظ أمراً واحداً، فنصف الدار نصف مجموعها لا نصف نصفها أو نصف أثلاثها الثلاثة أو نصف أرباعها الأربعة، فقضية إضافة النصف إلى الدار اعتبار الدار شيئاً واحداً، وهذا ينافي توصيف النصف بالاشتراك والإشاعة بين النصيبين؛ إذ مرجعه إلى إضافة النصف إلى النصيبين للدار، وهي

مبنية على اعتبار الدار اثنين وشيئين: أحدهما لأحد المالكين، والآخر للآخر، ومن المعلوم أن اعتبار الاثنينية في الدار ينافي اعتبار الوحدة فيها ويناقضه، فإن رفع اليد عن اعتبار الوحدة يلزم الخلف وإلا يلزم التناقض، وهذا هو السرّ فيما سيذكره من منع دلالة النصف المضاف إلى الدار على أزيد من إشاعته في مجموع الدار.

وأما ما يأتي في مسألة الإقرار، فليس هو من باب تنزيل النصف الذي تعلّق الإقرار به على نصف النصفين كي ينافي ما ذكرنا، بل من باب تنزيل أنّه لما كان يد المقرّ ويد صاحبه على مجموع الدار على السوية، فإذا أقرّ بأنّ نصف الدار للأجنبي، فمقتضى إقراره أنّ يده ويد صاحبه بالنسبة إلى الزائد على النصف يد عدوان، فهو كما لو ادّعى الأجنبيّ عليهما بأنّ نصف الدار التي في أيديهما معاً له، فكما أنّ دعواه لا تتوجّه على خصوص أحدهما بل تتوجّه عليهما، وأنّ تصرّفهما فيما زاد على النصف عدوان، فلو أقام البيّنة على مدّعه منعهما جميعاً عن التصرف في الزائد على النصف، فكذا إقرار أحدهما أو كليهما له بذلك.

وأيضاً فلما كان المعتبر في الإقرار الصراحة أو الظهور لم يصحّ تنزيل إقراره على خصوص ما في يده، مع أنّ يده ليست على نصف خاصّ بل على الكلّ كيد صاحبه، فإنّ جميع الدار في أيديهما لا أنّ نصفها في يد أحدهما والنصف الآخر في يد الآخر، وإنّما يحكم بالتنصيف عند الترافع مع التداعي، لعدم تعقّل ملك كلّ منهما للجميع لا لكون يد كلّ منهما على النصف.

فتحصل أنّ ظهور النصف في الإشاعة بين الحصّتين مضافاً إلى الإشاعة في مجموع المال خالٍ عن الوجه، فتأمل.

قوله: ومما ذكرنا يظهر الفرق. ١٩/١٥٠

أقول: يعني من وجود ظهور لفظ «النصف» في النصف المشاع بين

النصيبين، المقتضي للحمل على الإشاعة قبال الظهورين الآخرين المقتضيين للحمل على نصيبه في المقام، دون مسألة بيع الغانم المشترك بين عبده وعبده غيره يظهر الفرق... إلى آخره.

هذا، ولكن لا يبعد أن يكون نظر الفخر رحمته كما قيل إلى أنه إذا حمل اللفظ المجمل الدائر بين ما يملكه وما لا يملكه على ما يملكه لأجل قرينة التصرف أو الأصالة، فحمل اللفظ الدال على المعنى الكلّي الخارجي الصادق على نصفه المملوك مع اقترانه بالقرينتين المزبورتين أولى، فيكون قياسه رحمته مبنياً على ما ذكرنا ويذكره المصنف من منع ظهور النصف المضاف إلى الدار في نصف النصيبين والنصفين، فالإشكال على قياسه مبنياً على مبنئ فاسدٍ، وهو ظهور النصف في نصف النصيبين ولاكرامة فيه.

٢٠/١٥٠

قوله: إذ ليس للفظ المبيع هنا.

أقول: هذا بيان لوجه الفرق، والمراد من لفظ «المبيع» لفظ غانم في قوله: «بعث غانماً» فإنه من جهة كونه مشتركاً لفظياً لا ظهور له في عبد نفسه، بل هو مجمل مردّد بينه وبين عبد غيره، فلا معارض لما يقتضي الحمل على عبده من الظهورين: ظهور التصرف وظهور التملك في الأصالة.

٢١/١٥٠

قوله: ثم إنه لو كان البائع وكيلًا.

أقول: يعني لو كان البائع مع كونه مالكاً للنصف وكيلًا عن مالك النصف الآخر في بيع نصفه أو وليًا عليه، فهل هو كالبايع الأجنبي عن مالك النصف الآخر الغير المأذون في بيعه؛ لعدم ما يوجب تسلّطه عليه من الوكالة والولاية في كونه ذا احتمالين: احتمال الحمل على الإشاعة بين الحقيين، واحتمال اختصاصه بنصفه أم لا؟ بل ليس فيه إلا احتمال واحد وهو الحمل على الإشاعة كما هو قضية ظهور لفظ النصف.

فيه وجهان مبنيان على أنّ المعارض لظهور النصف في المشاع بين

لو كان البائع
وكيلًا في بيع
النصف أو وليًا
٥٢٣-٥٢٢:٣

النصيبين، المقتضي للحمل على الإشاعة، هو ظهور مقام التصرف في انصراف لفظ المبيع كالنصف إلى مال البائع؛ حتى لا يكون فيه إلّا احتمال واحد، أعني: احتمال الحمل على الإشاعة؛ لانتفاء المعارض المذكور في فرض الوكالة والولاية لما تعرفه، فيكون ظهور النصف في الإشاعة سليماً عن المعارض، أو ظهور إنشاء التمليك والبيع في الأصالة وكونه له في قبال كونه لغيره؛ حتى يجيء فيه الاحتمالان المذكوران في صورة أجنبيّة البائع.

وجه ابتناء وحدة الاحتمال المذكور على كون المعارض له هو الأوّل: أنّ قرينة مقام التصرف على كون مورد التصرف مال المتصرف ليست إلّا من جهة أنّ الشخص العاقل لا يتصرف إلّا في مورد ينفذ تصرفه فيه ويترتب النتيجة المقصودة له منه عليه، وإلّا يكون لغواً وعبثاً، وهو خلاف فرض كونه في مقام التصرف، فالحمل على ماله هناك إنّما هو لأجل انحصار مصداق مورد نفوذ التصرف فيه في ماله، وهذا بخلاف صورة الوكالة والولاية؛ لأنّ تصرفه فيها كما ينفذ في ماله كذلك ينفذ في مال شريكه أيضاً، فلاتنافي بين مقتضى هذا الظهور وظهور النصف في الإشاعة، كما لا يخفى.

وإن شئت قلت: إنّ لا وجود لظهور مقام التصرف في الانصراف إلى مال المتصرف، فيبقى ظهور النصف في الإشاعة سليماً عن المعارض، هذا بخلاف ما إذا كان المعارض له ظهور البيع في الأصالة وأتته لنفس البائع، فإنّه موجود في هذه الصورة أيضاً في ظهور النصف في الإشاعة في النصيبين، فيتعارض الظهوران، فيكون هذه الصورة كصورة أجنبيّة البائع في تحقّق الاحتمالين الناشئ كلّ منهما من الأخذ بأحد الظهورين.

وعلى ما شرحنّا يكون ما ذكره من الظهورين في طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة بياناً لمبنى الوجهين بطور اللَّفّ والتّشريح المشوّش. الأوّل: بيان لمبنى وجه عدم كونه مثل الأجنبي، فلا يكون فيه إلّا احتمال

الحمل على النصف المشاع بين النصيبين.

والثاني: بيان لمبنى وجه كونه مثله، ففيه هذا الاحتمال واحتمال الحمل على نصفه المملوك.

وقد يعكس ويجعل ذلك بياناً له بطور اللفّ والنشر المرتّب، بجعل «الأصالة» في العبارة قبال «الفضولية وعدم التسلّط على التصرف» مع التجمّد على ظاهر لفظ مال البائع في قوله: «انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع» وعدم جعله كناية عمّا ينفذ تصرف البائع فيه ولو لم يكن له.

والظاهر في شرح العبارة ما ذكرناه بقرينة قوله بعد ذلك: «الأقوى هو الأوّل»، بضميمة قوله بعده: «فالأقوى فيهما^(١) الاشتراك في البيع» ووجه كون هذا قرينة على ما ذكرناه غير خفيّ على المتأمل، فتأمل.

٢٣/١٥٠

قوله: والأقوى هو الأوّل.

أقول: يعني به كون المعارض لظهور النصف في الإشاعة ظهور مقام التصرف في كون مورده مال المتصرف، ومقتضاه كون هذا الفرض ذا احتمال واحد على خلاف الفرض السابق، كما مرّت الإشارة إليه.

قوله: لأنّ ظهور التملك في الأصالة.

أقول: هذا علّة لنفي صلاحية ذلك أن يكون طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة المستفاد من الحصر المستفاد من قوله: «هو الأوّل».

ومحصّل ما ذكره في وجه ذلك: أنّ ظهور النصف في المشاع إنّما هو من باب ظهور القيد؛ لأنّ النصف مفعول للبيع في قوله «بعت نصف الدار»، وهو كسائر متعلّقات الفعل قيد له، وظهور «البيع» في الأصالة من باب ظهور ذات المقيّد، أي المطلق، وكما أنّ أصل القيد وارد على إطلاق المطلق فكذا الأصول اللفظيّة الجارية في طرف القيد واردة على أصالة الإطلاق الجاري في طرف

(١) يعني صورتي كون البائع وكيلاً عن مالك النصف الآخر وكونه وليّاً عليه. (المؤلف)

المطلق، فإنَّ القيد والأصول الجارية فيه جميعاً يعدّ بياناً وارداً على أصالة الإطلاق في المطلق.

ومرجع ذلك إلى أنَّ إطلاق متعلّق الفعل مقدّم على إطلاق نفس الفعل، ولا يخفى أنَّ هذا منافٍ لما ذكره في وجه اختصاص حديث «لا ينقض اليقين بالشك» بموارد الشكّ في الرفع الذي اختاره من بين الأقوال في الاستصحاب من تقدّم ظهور الفعل في الاختصاص على ظهور المتعلّق وهو اليقين في العموم له ولمقابلته الموجب لاختصاص حجّيته فيه، وعلل ذلك بأنّ الفعل الخاصّ يصير مخصّصاً لمتعلّقه العامّ.

وفي إطلاق ما ذكره هنا وهناك - كما ذكره السيّد الأستاذ العلامة اليزدي رحمته - منع، وإنّما المدار على قوّة أحد الظهورين على الآخر، وهي تختلف حسب اختلاف المقامات، وكون المقام من الأوّل محلّ تأمل.

ثمّ إنّ في ظهور مادّة النقص في الاختصاص منعاً؛ لابتنائه على أن يكون النظر في الإبرام المعتبر في إسناد النقص إلى الإبرام في متعلّق اليقين وهو المتيقّن، وهو ممنوع، بل النظر فيه إلى الإبرام الموجود في نفس اليقين، وعليه لا فرق بين كون المتيقّن من قبيل الشكّ في الرفع أو الشك في المقتضي، وأن لا نفرق في حجّيته بين القسمين، وقد بسطنا القول في ذلك في شرحنا على الكفاية.

٢٤/١٥٠ قوله: وما ذكره الشهيد الثاني.

أقول: هذا جواب عن سؤال مقدّر، وهو أنّ مجرد ورود ظهور القيد والمتعلّق، أعني: النصف على ظهور الفعل المطلق وهو البيع، لا يقتضي الحمل على الاشتراك، بل لابدّ فيه معه من عدم معارض آخر في عرضه أو وارد عليه، لكنّه موجود في المقام، وهو ظهور حال المتكلّم العاقل الشاعر في إرادته مدلول ما يتلفّظ به، فإنّه أمر مقتضٍ للاختصاص؛ إذ مع الإشاعة والحمل على

الاشتراك يصير البيع فضوليّاً بالنسبة إلى نصف المبيع وهو الربع.
ولازمه على ما ذكره الشهيد رحمته الله عدم إرادة المدلول بالنسبة إلى الربع، وهو خلاف ظاهر حال المتكلم، فيكون المورد من موارد تعارض الظهورين، بل ظهور حال المتكلم فيما ذكر وارد على ظهور النصف؛ لأن إرادته في الثاني متفرّع على إرادة الأول؛ ضرورة أنّه لا معنى لإرادة النصف المشاع من النصف مع إرادة مدلول الكلام الذي هو من متعلّقاته، وهي متفرّعة على كونه أصيلاً بالنسبة إلى تمام المبيع، ومن المعلوم أنّ نتيجة ذلك هو الاختصاص بمال البائع.

وحاصل الجواب: أنّ هذا الإيراد بعد الغضّ عن فساد مبناه كما مرّ غير مرّة مختصّ بالفضولي، وهو الفرض الأول، ولا يجري في هذا الفرض لوجود القصد الحقيقي في الوكيل والوليّ.

قوله: تحكيماً لظاهر النصف. ٢٥/١٥٠

أقول: يعني عملاً بظهور النصف في الإشاعة بين الحقّين مع عدم المعارض له؛ لأنّه منحصر بانصراف المبيع إلى مال البائع، بمعنى تسلّطه على بيعه، وهو في هذا الفرض على طبق ظهور النصف لا على خلافه.
قوله: إلّا أن يمنع ظهور النصف.

أقول: وعليه لا محيص من الحمل على الاختصاص في صورتَي أجنبيّة البائع بالقياس إلى النصف الآخر، وعدمها لفرض الوكالة أو الولاية عليه؛ عملاً بالظهورين معاً في الصورة الأولى، وهما: ظهور انصراف المبيع في مقام البيع إلى مال نفسه، وظهور التملك في الأصالة قبال النيابة مع عدم ما يعارض الأوّل، ويرد على الثاني وعملاً بخصوص الظهور الثاني في الصورة الثانية.

قوله: إلّا في النصف المشاع في المجموع.
أقول: يعني مجموع الدار لا مجموع النصيبين والحقّين.

٢٦/١٥٠ قوله: بل معلوم العدم بالفرض.

أقول: إذ مفروض العنوان العلم بأنه لم يقصد إلا مفهوم النصف، ومن المعلوم أن خصوصية الإشاعة في الحصتين زائدة على مفهومه، فيكون صورة ملاحظة هذا الأمر الزائد خارجة عن الفرض.

قوله: المشاع بالمعنى المذكور.

أقول: يعني به الإشاعة في مجموع الدار مجردة عن ملاحظة الإشاعة بين الحصتين.

٢٨/١٥٠ قوله: ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة.

أقول: يعني بالموصول ما ذكره بقوله: «إلا أن يمنع إلى آخره» المنتج لوقوع البيع للبائع في تمام نصفه واختصاصه به قبال الإشاعة بينه وبين نصف شريكه بالنحو الذي قرّبه بقوله: «ومن المعلوم»، وهذه النتيجة أي الاختصاص بنصف البائع وهو المراد من الموصول أيضاً في قوله بعد ذلك: «ونظيره في ظهور المناقاة لما هنا» وفي قوله: «فإن مقتضى ما ذكره هنا»، وكلمة «هنا» في كلتا العبارتين إشارة إلى مسألة بيع نصف الدار، وضمير الجمع فيه راجع إلى المشهور لذهابهم إلى الاختصاص بنصف البائع في مسألتنا لا إلى الإشاعة، بل يظهر من المسالك أنه فتوى الجميع.

ثم إن وجه ارتباط هذه المسألة بمسألة بيع نصف الدار - مع أن تمام العين المفروض كونها صداقاً كالدار مثلاً للزوجة لالها ولزوجها بالمناصفة كما في مسألتنا هذه - لعلّه إجراء ما في المقام من الكلام في مالك جميع الدار، لكن نصفها بالملكية المستقرّة والآخر بالملكية المتزلزلة، والتعدّي منها إليها كما يتعدّي من البيع إلى سائر النواقل، بل إلى كل تصرف وإن لم يكن ناقلاً كالرهن مثلاً، ومن العين إلى المنفعة.

هذا، ولا يخفى أن طرف المعارضة لظهور النصف في الإشاعة بين

هبة المرأة
نصف صداقها
مشاعاً
قبل الطلاق
٥٢٤-٥٢٣:٣

النصفين ظهور انصراف النصف في مقام التصرف فيه بالهبة، لا ظهور الإنشاء في الأصالة حتى مع غمض العين عما تقدّم في وجه عدم صلاحيته للمعارضة من مسألة الورود؛ ضرورة عدم احتمال قصد الغير هنا.

ويشكل في الانصراف المذكور هنا - فضلاً عن ترجيحه إلى معارضة على ما هو مبنى حكم الجماعة - باستحقاق الزوج بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي من العين قبل الهبة؛ إذ قد مرّ أنّ الملاك في ذلك ليس إلّا أنّ المتصرّف لا يتصرّف إلّا فيما ينفذ تصرّفه فيه، ومن المعلوم نفوذ تصرّف المرأة في هذا النصف كالنصف الآخر، غاية الأمر على تقدير الطلاق تغرم قيمة أحدهما دون الآخر، وهذا لا يضرّ بالنفوذ وصحة الهبة، ودعوى نفوذ التصرف على نحو لا يرجع إلى المتصرّف بشيء أصلاً في غاية الإشكال.

فحينئذٍ يتعيّن أن يوجّه كلامهم وعباراتهم بما ذكره المصنّف بقوله: «وإن كان يمكن توجيهه» ومحصله: أنّ عدم حكمهم بقيمة نصف الموهوب التالف بالهبة إنّما هو من خصوصيات المورد، أعني: وجود مثل التالف من جميع الجهات لا من جهة عدم التلف بالنسبة إلى هذا النصف من حقّ الزوج. وبعبارة أخرى: أنّ حكمهم باستحقاق تمام النصف الباقي ليس لأجل أنّه نفس حقّه، وأنّ الموهوب هو تمام النصف المستقرّ ملك الزوجة فيه حتى يصير موافقاً لما هو المسلّم في المقام من اختصاص النصف بحصة البائع، وكاشفاً عما ذكره المصنّف وجهاً لذلك بقوله: «إلّا أن يمنع»، بل لأجل أنّ نصف الباقي عين نصف نصيبه وهو النصف المتزلزل، ونصفه الآخر بدل نصف نصيبه الآخر ومثله، ولم يحكموا بقيمة بالنسبة إلى هذا التالف؛ لأنّ هذا إنّما هو فيما إذا لم يكن موجوداً لا في مثل المقام الموجود فيه المثل من جميع الجهات، فإنّه لا وجه له لاعتبار القيمة حينئذٍ حتى في القيمات، فيكون حكمهم المذكور حينئذٍ منافياً للمقام ومناسباً للحمل على الإشاعة بين الحصّتين.

قوله: وإن ذكروا ذلك احتمالاً... إلى آخره.

أقول: يعني وإن ذكروا استحقاق الزوج لنصف الباقي وقيمة نصف الموهوب بطور الاحتمال، إلا أن فتواهم على الأول، وهو استحقاقه للنصف الباقي.

قوله: وليس إلا. ٣٠/١٥٠

أقول: يعني وليس ما ذكره وأفتوا به من استحقاق النصف الباقي إلا من جهة ما يستفاد من قولنا فيما تقدّم: إلا أن يمنع إلى آخره، من صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: ﴿فَنُصِّفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾^(١).

والظاهر من المصنف رحمه الله أنه حمل النصف في الآية على النصف الرجوع إلى الزوج بواسطة الطلاق، وهو خلاف الظاهر، بل المراد منه النصف الرجوع إلى المرأة الذي لا يخرج عن ملكها بالطلاق، فإن الظاهر من ملاحظة نفس الآية وما قبلها هو بيان وجوب دفع نصف المهر المسمى إلى المرأة.

ولو بدل بـ «الباقي» بـ «التالف» المراد منه الموهوب لكان أحسن وأنسب للمقام، أما الأحسن فلهما لمتى لما ذكرنا في ظاهر الآية، وأما الأنسب فلأن الكلام في تعيين ما ورد عليه التصرف، وتعلق به من أنه بتمامه للمتصرف أصلاً واستقراراً أم لا بل نصفه له، وأما الخارج عن مورد التصرف فخصوصيته من تلك الجهة متفرعة على تعيين حال الأول.

وعلى ما ذكرنا يكون مقتضى العبارة هو الأول، وعلى الثاني يكون قضيتها الثاني، ولعل أصل النسخة كما ذكرنا ووقع الغلط من الناسخ في إثبات لفظ «الباقي».

قوله: للربع التالف. ٣١/١٥٠

أقول: يعني التالف بهبتها إياه لشخص في ضمن هبة النصف.

٣٢/١٥٠

قوله: لكن الظاهر أنّهم لم يريدوا هذا الوجه.

أقول: الظاهر أنّه استدراك من قوله: «ولعلّه لما ذكرنا ذكر جماعة»، فالمراد من هذا الوجه هو الذي ذكره بقوله قبل ذلك: «إلا أن يمنع» وقوله: «وإنما علّلوا... إلى آخره» في مقام العلة؛ لعدم إرادة هذا الوجه المذكور، يعني: أنّ نظرهم فيما ذهبوا إليه في الفرع السابق من استحقاق الزوج للنصف الباقي ليس إلى ما ذكرنا سابقاً بقولنا: «إلا أن يمنع»، وليس الوجه في حكمهم المذكور هو ذلك حتى لا ينافي مذهبهم فيه مذهبهم في بيع نصف الدار من الحمل على نصف البائع؛ لأنّهم علّلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقّه؛ إذ لو كان نظرهم إلى ما ذكرنا لكان اللازم أن يعلّلوه ببقاء حقّه بدون ذكر لفظ المقدار، فمن ذكره يعلم أنّ نظرهم فيما أفتوا به إلى ما ذكره بقوله: «ولكن يمكن توجيه هذا الحكم منهم ﷺ»، فحينئذ يكون فتواهم في هذه المسألة الذي مرجعه إلى الحكم بالإشاعة منافياً لمذهبهم في بيع نصف الدار، أعني: الحكم بالاختصاص بنصف البائع.

وقد يحتمل أن يكون هذا استدراكاً من قوله: «وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم»، ويردّه أنّه يأبى عن ذلك قوله: «وإنما علّلوا» وقوله: «فلا يخلو عن منافاة»، تأمل تعرف.

٣٣/١٥٠

قوله ﷺ: إذا أقرّ.

أقول: يعني أقرّ بالنصف، وقوله: «بسبب» متعلّق بالمدّعين، فبعد هذا الإقرار يصير المقرّ له مالاً للنصف بحسب الظاهر أيضاً، وأمّا النصف الآخر فهو لذي اليد ظاهراً، وأمّا واقعاً فهو مردّد بينه وبين المدّعي الآخر.

٣٤/١٥٠

قوله: فإن أجاز شريكه.

أقول: يعني به المدّعي الآخر، فإنّه شريك المقرّ له لاعترافه بسبب موجب للشركة.

الإقرار بالنصف
في الشركة
٣: ٥٢٤-٥٢٨

٣٥/١٥٠ قوله: انصرف أيضاً إلى حصّته.

أقول: بقرينة مقام التصرف بالمصالحة مثل التصرف بالبيع.

٢/١٥١ قوله: لأنّ الإقرار منزّل على الإشاعة.

أقول: يعني لأنّ إقرار ذي اليد لأحد المدّعين بالنصف منزّل باعتبار المقرّ به على الإشاعة بين المقرّ له وغيره؛ لأجل خصوصيّة في هذه المسألة، وهي إقرار المقرّ له واعترافه بكون العين التي بيد المقرّ بينه وبين المدّعي الآخر على نحو الإشاعة، فيكون إلغاء المقرّ يده من النصف بحسب إقراره مثل خلاص بعض المال المشترك بين شخصين من يد الغاصب في كونه بين الشريكين وعدم اختصاصه بأحدهما، فحينئذ يكون الصلح وارداً على تمام المال المشترك لا على نصفه، فيخرج عن محلّ الكلام الذي هو في المجرد عن القرينة، فحكم المشهور بالإشاعة هنا لا ينافي حكمهم بالاختصاص بنصف البائع في بيع نصف الدار.

٤/١٥١ قوله ﷺ: وعلى كلّ حال.

أقول: يعني وعلى كلّ حال من حالي حمل النصف المبيع المتعلّق به البيع على النصف المشاع بين النصيبين، وحمله على النصف المختصّ بالبائع كما هو المشهور، فلا إشكال في حمله على المشاع فيما لو وقع متعلّقاً للإقرار في كلام المالك، بأن قال أحد الشريكين في الدار بالمناصفة: نصف هذه الدار لزيد، فيسمع في نصف النصف، دون نصفه الآخر ولا يحمل على نصفه المختصّ به كي يقبل في تمام النصف.

ثمّ لا يخفى عليك أنّ فرض المسألة فيما إذا كان الإقرار بعد قسمة المقرّ مع شريكه المال المشترك بينهما، وذلك بقرينة قوله: «الثابت يد كلّ منهما على نصف العين» وقوله أيضاً: «بل هو^(١) مقدار حصّته المشاعة» وقوله أيضاً:

(١) أي ما في يد الغير من نصف المال. (المؤلف).

«وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك»؛ إذ مع عدم الإفراز لا قسمة حتى يقال بالصحة أو العدم، وكذا يكون ما في يد الغير عين حصته لا مقدارها، وكذا يكون يد كل منهما على تمام المال لا على نصفه.

وبعد التفتن لذلك لا أظنك تتوقف في فهم العبارة من أولها إلى آخرها.

قوله: يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه. ٥-٤/١٥١

أقول: لأن النصف المطلق ظاهر في الإشاعة حتى يرد عليه: أنه مناف لما استدركه بقوله: «إلا أن يمنع»، بل لأنه القدر المتيقن من بين احتمالات النصف المشاع في مجموع المال وأفرادها، وهي الإقرار النافع والشهادة والمركب منهما، مع عدم ظهور في الإقرار يصرفه إلى الأول كما كان في البيع يصرفه إلى حصة البائع؛ لأن الإقرار عبارة عن الإخبار بملك الغير لشيء، فلا يختص بما في يده، وما يكون للمقرّ لولا الإقرار لإمكان وقوعه على ما في يد الغير، ولا مرجح للحمل على الإخبار عما يكون له لولا الإقرار، ولا للحمل على الإخبار عما في يد الغير، فيحمل على المركب منهما وهو معنى الإشاعة. ودعوى: أن الإقرار قد أخذ في مفهومه تعلقه بما في يد المقرّ، وأمّا الإخبار عن ملكية ما في يد الغير لواحد فهو شهادة، مدفوعة بأنه غير ثابت، ولو سلم فإنما هو في لفظ «الإقرار» لا في مثل قوله: لفلان كذا.

قوله: وهو تعلق الغصب بالمشاع. ١٢-١١/١٥١

أقول: تعلق الغصب بالمشاع ليس ضعيفاً على إطلاقه؛ إذ لو كان عين بين شريكين فظلم أحدهما الآخر واستقل بتمام العين كان غاصباً لنصف صاحبه، أو كانت بين ثلاثة فظلم اثنان منهم الثالث واستقلّ بها كانا غاصبين لثلث صاحبهما.

ومفروض المسألة من هذا القبيل؛ إذ على تقرير المقرّ يكون هو والرجل الآخر ظالمين للمقرّ له وغاصبين لثلثه فقد اشتركا في غصب الثلث، فعليه

بحسب إقراره رفع اليد عن الظلم والغصب وظلمه وغصبه لا يزيد على السدس؛ لفرض كون يد كلّ منهما على النصف، فلو دفع إلى المقرّ له ثلث ما في يده فقد دفع إليه مقدار حقّه الذي غصبه منه وأقرّ به.

ولا يتفاوت الحال في ذلك بين كون ما في يد الغير - أعني الشريك الآخر المنكر لشريكه المقرّ له في العين - عين ماله المفروز المبنتي على صحّة التقسيم مع الغاصب، وبين كونه مقدار حصّته المشاعة في تمام المال الباقية على الإشاعة، المبنتي على عدم صحّة التقسيم مع الغاصب كما توهمه المصنّف؛ ضرورة أنّ المقرّ له لا يستحقّ من النصف الخارجي من المال الذي بيد المقرّ أزيد من الثلث؛ إذ معنى الاشتراك على وجه الإشاعة أن يكون كلّ جزء خارجيّ يفرض من هذا المال الخاصّ مشتركاً بين الاثنين فصاعداً بحسب الحصص، وعلى فرض بطلان التقسيم بين المقرّ وصاحبه الغاصب على زعم المقرّ يكون هذا النصف الذي أخذه المقرّ - وكذا النصف الآخر كالكلّ حال الاجتماع - باقياً على اشتراكه بين الثلاثة على وجه الإشاعة على زعم المقرّ ثلث له وثلث للمقرّ له وثلث لصاحب المقرّ، فلا يستحقّ المقرّ له من هذا الجزء الخارجي إلاّ ثلثه، فلو دفعه إليه المقرّ فقد أدّى تمام مقدار حقّه من هذا الجزء، وإلاّ فلو وجب مع ذلك ضمّ نصف ثلث ما في يده إليه لزم استحقاقه منه أزيد من الثلث.

ولازمه كون مقدار الحصص من المال على تقدير الاجتماع مخالفاً له على تقدير التجزئة والتفريق، وهو خلاف معنى الشركة على وجه الإشاعة، فإذا أدّى ثلث ما في يده بقي ثلثان عنده، أحدهما؛ مقدار حصّته منه، والآخر؛ مقدار حصّة صاحبه المنكر لاستحقاق المقرّ له من المال على ما هو قضيّة الإشاعة وعدم صحّة التقسيم، فيأخذ بالمقاصّة ثلث المنكر بدلاً عن ثلثه الذي يستحقّه ممّا في يد المنكر فيختصّ بهما؛ إذ لا وجه للاشتراك بينه وبين المقرّ له

في هذا الثلث إلا لزوم نيّة التقاض على المقرّ عنه، وهو كما ترى.
وبالجملة: بناءً تامة الدعوى المذكورة على صحّة القسمة مع الغاصب في فرض المسألة غير سديد؛ لعدم التفاوت بينها، ومقابلها في ذلك كما عرفت، فلا يصحّ دفعها بعدم صحّة القسمة معه، وأمّا بناؤها على تعلّق الغصب بالمشاع فلا بأس به، لكنّه في مثل المقام ممّا كان الغاصب من الشركاء احتمال قويّ لا وجه لتضعيفه.

والحاصل: أنّ الأظهر في النظر عدم استحقاق المقرّ له ممّا في يد المقرّ إلاّ الثلث؛ ولذا لا إشكال على الظاهر في أنّه لو تلف تمام ما في يده لا يضمن إلاّ هذا المقدار، مثل ما لو تلف ما في يديهما من المال، فظهر أنّ ما نسب إلى المشهور في مسألة الإقرار بالنسب على طبق القاعدة، وأنّها هو المدرك لهم في ذلك، لا ما ذكره من الروايات حتى يستشكل عليها بعدم الدلالة كما ستعرف، فتأمّل جيّداً.

قوله: وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك. ١٢/١٥١

أقول: القسمة مع الغاصب - وإن مال إلى صحّتها أو قال بها في محكيّ أنوار الفقاهة، ويظهر الميل إليه من صاحب الجواهر في هذه المسألة: مسألة بيع نصف الدار، بل يظهر منه فيها أنّها على طبق القاعدة وإن رجع عنه في كتاب الشركة - ضعيفة كما أشار إليه المصنّف رحمه الله.

وجه الضعف: أنّه لا دليل على الصحّة قبال أصالة الفساد يركن إليه إلاّ السيرة أمّا مع قاعدة نفي الضرر كما في الجواهر في المسألة، وأمّا مع قاعدة نفي الحرج بدل قاعدة نفي الضرر، كما عن البعض^(١)، وفي الكلّ نظر.
أمّا السيرة، فلمنع تحقّقها أولاً، ومنع إمضاءها وعدم الردع عنها ثانياً.
وأمّا نفي الحرج والضرر، فلأنّ غاية ما يمكن أن يقال في تقريب

(١) المراد منه صاحب أنوار الفقاهة (المؤلف).

دالتهما: إن اعتبار رضا الشريك المغصوب منه بإرادة الغاصب للقسمة في صحة القسمة، وعدم كفاية قصد شريكه ورضاه بها فقط في صحتها، حكم حرجي وضرري بالنسبة إلى هذا الشريك المريد للقسمة الراضي بها، فيرتفع اعتباره بالقاعدتين، كارتفاع اعتبار رضا المقاص منه في كون مال المقاصة ملكاً للمقاص، ولازم ارتفاعه صحة القسمة واختصاص ما أخذه الراضي منها بالقسمة به، واختصاص التالف الباقي في يد الغاصب بالشريك الغير الراضي.

وفيه: أن المورد ليس من موارد القاعدتين؛ لأنهما من جهة ورودهما في مقام الامتنان على جميع الأمة إنما تنفيان الحكم الحرجي والضرري اللذين لا يلزم من دفعهما ضرر أو حرج على الغير لا مطلقاً ولو لزم ذلك، والمقام من القسم الثاني؛ وذلك لأن دفع شرطية رضا الشريك المغصوب منه في صحة القسمة، وإن كان منة على الشريك الآخر الراضي بالقسمة، إلا أنه خلاف المنة في حق الشريك المغصوب منه؛ حيث إن دفعها يوجب تلف تمام مال المغصوب منه بخلاف عدم دفعها؛ فإنه يوجب تلف بعضه كالنصف مثلاً.

وبتقريب آخر: إن فعل ما يدفع به الإنسان عن نفسه الضرر الذي يرد عليه قهراً في الخارج، لولا إيجاد هذا الدافع، ولو فرض توجيهه إلى غيره بحسب قصد المضرّ ويطرّب على إيجاده وقوع الضرر على الغير، غير جائز في الشريعة تكليفاً ووضعاً بحكم حديث نفي الضرر وكذا الحرج، ومن المعلوم أن قصد أحد الشريكين ورضاه بكون ما أخذه لنفسه وما بيد الغاصب لشريكه أمر يريد أن يدفع به الضرر الوارد عليه في بعض حصته في الخارج قهراً لولاه ويوقعه على صاحبه، فلا يؤثّر.

والفرق بين التقريبين: أن الحكم المنفي على تقدير شمول دليل نفيهما للمقام على الأول: هو شرطية رضا المغصوب منه من الشريكين لصحة القسمة، وفي الثاني: تأثير رضا الشريك الآخر المريد للقسمة، فتأمل.

ولا ينافي ما ذكرنا في التقريب الثاني ما ذكره المصنّف في رسالة قاعدة نفي الضرر بقوله: «الرابع»، يعني: من التنبيهات أنّ مقتضى هذه القاعدة أن لا يجوز لأحد إضرار إنسان لدفع الضرر المتوجّه إليه، وأنّه لا يجب على أحد دفع الضرر عن الغير بإضرار نفسه.

وجه توهم المنافاة: توهم أنّ الضرر في المقام متوجّه إلى الغير ولو بحسب قصد الغاصب، فلا يجب تحمّله لا إلى نفسه كي لا يجوز دفعه بإضرار غيره، وأمّا وجه عدم المنافاة، فلأنّ مراده من الضرر المتوجّه إلى الإنسان في كلامه ما كان يرد عليه لولا فعل ما يوجب دفعه عنه ووروده على الغير، لا صرف ما قصد وروده عليه وإن كان لا يمكن وقوع هذا المقصود منه في الخارج، بل يقع قهراً في الخارج خلافاً ولو بحسب بعض المقصود.

ومن هنا ظهر الخلل فيما ذكره السيّد الأستاذ فيما علّقه على المقام، حيث توهم أنّ القسمة مع الغاصب من صغريات عدم وجوب دفع الضرر المتوجّه إلى الغير بتضرّر نفسه؛ إذ قد بيّنا أنّها من صغريات عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر المتوجّه إلى نفسه.

والفرق بين المقام وبين التقاصّ: أنّ المقاصّ منه من جهة امتناعه عن أداء الحقّ ليس مورداً للمنة، بخلاف الشريك المغصوب منه في المقام، فإنّه مورد له.

وبالجملة: لا دليل على صحّة القسمة مع غير صاحب الحقّ في غير الوليّ والوكيل، فيبقى البعض المأخوذ على ما كان عليه قبل الإفراز من كونه بين الشريكين.

هذا كلّ بناء على القول بمقالة المصنّف في مقام حديث نفي الضرر من حكومته على أدلّة الأحكام التي منها اعتبار رضا الشريكين في صحّة القسمة، وأمّا بناء على القول بأنّ مفاده حرمة الإضرار على الغير بالتقريب الذي تطلّع

عليه في خيار الغبن، فعدم دلالاته على صحة القسمة مع الغاصب أوضح، فتدبر. قوله: نعم يمكن أن يقال. ١٣/١٥١

أقول: الوجه في اختصاص التلف بالمقر له ما ذكره في تقريب الدعوى على ما أشرنا إليه في السابق، وهذا هو الوجه فيما نسبته إلى الأصحاب في الإيضاح في مسألة الإقرار بالنسب. قوله: ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال... إلى آخره. ١٧/١٥١

أقول: فيه ما لا يخفى؛ لأن قضية الإقرار وإن كان ما ذكره من وجوب ترتيب آثار تحقق المقر به، إلا أن مقتضى تحقق أخوة الثالث المقر بها في الواقع ليس إلا كون ما بيد المقر من المال للمورث مثل ما بيد الأخ الآخر الغير المقر بين الثلاثة بزعم المقر أثلاثاً، لا بينهما بالمناصفة لما ذكرناه فيما علّقناه على قوله: «وهو تعلّق الغصب بالمشاع». ولازمه كون الزائد عن حصّة غير المقر على زعم المقر للمقر له عليه لا له وللمقر.

قوله: والظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات. ٢١/١٥١

أقول: في دلالاته قصور، أمّا الأولى فلأن موضع توهم الدلالة على مذهب المشهور في مسألة الإقرار بالنسب من ورود الضرر على خصوص المقر له، لا عليه وعلى المقر معاً على تقدير إنكار سائر الورثة. ٢٤/١٥١

قوله: وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت يلزمه ذلك في حصّته.

والظاهر أنّه في مقام بيان أن المقر به ليس في تمام الحصص بل في حصّة المقر فقط، دون نصف ما في يد المقر حتى يدخل الضرر عليهما، نعم في صدرها دلالة على ورود الضرر على خصوص المقر له في مسألة الإقرار بالدين من جهة التقييد بقوله: «بقدر ما ورث»، أي يلزمه من الدين بسببه ما ورث المقر باعتقاده من الثلث والرّبع ونحوهما، إلا أن هذه المسألة ليست من محلّ الكلام، وإنّما الكلام في مسألة الإقرار بالنسب، وقد عرفت الخدشة في

إقرار أحد
الشريكين في
الإرث بالنسب
لشخص
٣: ٥٢٨-٥٢٩

دلالة الرواية على مذهب المشهور في محلّ الكلام، إلّا أن يقال: إنّ غرضه عليه السلام من قوله: «وكذلك» في ذيل الرواية تشبيه مسألة الإقرار بالنسب بمسألة الإقرار بالدين على المورث حتى في مقدار اللّازم، وأنّه بمقدار ما ورثه المقرّ، فافهم.

وأما الثانية فلأنّ موضع دلالتها على المطلب قوله عليه السلام: «فهو شريك في المال» ولا يخفى أنّ المراد منه بقرينة قوله عليه السلام في ذيل الفقرة الثانية: «ويضرب في الميراث معهم»: هو شركة المقرّ له في مال المقرّين، لا في مال الميّت جميعاً، ومن المعلوم أنّ مجرد شركتهما في مال لا يدلّ على المطلب، بل عدم الدّلالة هنا أظهر؛ لعدم إمكان جريان ما ذكرناه في توجيه الرواية الأولى بقولنا: «إلّا أن يقال» في هذه الرواية.

فظهر عدم صحّة استناد المشهور إلى هاتين الروايتين، فلا بدّ إمّا من استناده إلى رواية أخرى تدلّ على مذهبهم، وإمّا من القول بأنّ فتواهم على طبق القاعدة وتخطئة من صرح بأنّها على خلافها بالتقريب الذي ذكره السيّد العلامة الأستاذ قال: يمكن أن يقال: إنّ فتوى المشهور في كلّ من المقامين على القاعدة، والفرق بينهما أنّ في المقام ... إلى آخر ما ذكره.

[• بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله]

٢٧/١٥١

قوله: المتقدّمة.

أقول: في أدلّة بطلان الفضولي.

بيع ما يقبل
التملك وما لا
يقبله ٣: ٥٣١

٢٨/١٥١

قوله: بل لا مانع من جهة جريان قاعدة الصحّة.

أقول: ليس المانع منحصراً في ذلك، بل هناك مانع آخر وهو عدم تحقّق موضوع أدلّة الصحّة واللّزوم من العقد والبيع بالنسبة إلى الجزء المملوك؛ لأنّ العقد إنّما وقع على المجموع لا على البعض، فعدم جريانها مضافاً إلى انتفاء

صحّة البيع
فليس يفتقر
التملك خاصّة
٣: ٥٣١

الشرط إنما هو لانتفاء المقتضي أيضاً.

٣١/١٥١ قوله: من جهة أفضائه.

أقول: الضمير راجع إلى علم المشتري المستفاد من سياق الكلام

السابق.

ووجه الإفضاء ما أشار إليه المصنّف في ضمن دفع ذاك الدليل من منافاة العلم بعدم إمضاء الشارع للبيع في المجموع المركّب لقصده، فلا بدّ أن يقصد بيع المملوك فقط، فيأتي حينئذٍ الجهل بالثمن.

وحاصل الدفع: منع المنافاة أولاً، ومنع اقتضاء المنافاة المذكورة على تقدير التسليم للقصد إلى بيع المملوك خاصّة ببعض الثمن الموجب للجهل بالثمن الموجب للبطلان ثانياً، فإنّها إنّما يقتضي قصد بيعه بتمام الثمن، فظهر أنّ المراد من الموصول في قوله: «مع أنّه لو تمّ ما ذكر» هو الإفضاء إلى الجهل بالثمن، لكن بلحاظ وجهه ودليله.

ثمّ إنّ الأولى ترك كلمة «الجهة» هنا.

٣/١٥٢ قوله: فإنّ مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري.

أقول: الظاهر أنّ ذلك إشارة إلى الموصول فيما ذكره، وإن شئت قلت: إلى التسليط المجاني، وعليه كان اللازم الاقتصار على خصوص العلة الأخيرة، أعني: بقاء ذلك القسط له مجاناً، كما لا يخفى.

٧/١٥٢ قوله تعالى: ويشكل تقويم الخمر.

أقول: يعني أنّ الطريق المذكور في معرفة قيمة الخمر والخنزير يشكل فيما إذا كان مع الخمر بعنوان الخلّ، ومع الخنزير بعنوان الشاة بأن كان البائع جاهلاً بهما ومعتقداً بأنّ الأوّل خلّ والثاني شاة، فإنّ الطريق المذكور إنّما يتمّ في صورة علم البائع بعنوانهما دون صورة جهله.

دعوى تقييد

الحكم بصورة

جهل المشتري

ودفعها

٣ : ٥٣٢ - ٥٣٣

طريق معرفة

قيمة غير

المملوك ٣ : ٥٣٤

[• القول في أولياء التصرف]

في ولاية الأب
والجد ٣: ٥٣٤

٩-٨/١٥٢

قوله يُؤَيَّرُ: ويدلّ عليه - قبل الإجماع - الأخبار.

أقول: يمكن المناقشة فيما عدا الإجماع ممّا ذكر، أمّا في الفحوى فلا مكان منعه لما قيل من أنّه لا داعي لهما في النكاح غالباً على الإقدام على خلاف مصلحة الطفل، مع أنّ شفقة الأبوة مطلقاً مانعة عن إيقاعه في معرض الأذية سيّما في البنت، حيث لا محيص لها عنها؛ لعدم القدرة على الطلاق، وهذا بخلاف الأموال؛ حيث إنّ الفاسق ربّما يلاحظ فيها مصلحة نفسه، فلا يقاس عليه فضلاً عن دعوى الأولويّة، مع إمكان أن يقال: إنّ أشدّية الاهتمام بأمر النكاح - مع كونه مطلوباً للشارع غاية مراتب الطلب - يقتضي نصب وليّ يباشره حيثما وجد الكفء الصالح ويكون أشدّ رافة ورحمة من غيره؛ إذ ربّما لا يوجد الكفء بعد الكبر مثل ما يوجد في حال الصغر، وهذا بخلاف الأموال؛ إذ ليس الإكثار فيها مطلوباً كمطلوبيّة النكاح، فيمكن إهمال الأمر فيها وإيجاب حفظها ولو لم يكن صلاحاً له في بعض الأحيان.

والحاصل: أنّ الأولويّة ممنوعة لو لم نقل بأنّ ما ذكره وجهاً لها مقتضى لعدمها.

وأما الأخبار، فلأنّ الظاهر أنّ نظره فيها إلى نصوص تقويم الأب جارية الابن على نفسه، وفي أخبار الوصيّة المشتملة على جواز تصرّفات الوصيّ، وأخبار الاتّجار بمال اليتيم، وأخبار حلّ مال الولد للوالد وكونه له، وفي دلالة الكلّ نظر.

أمّا الطائفة الأولى، فلأنّها وإن دلت من جهة ظهورها في كون الغرض من ذلك وقوع الوطء في ملك الواطي الذي لا يحصل إلّا بأن يكون المراد من التقويم: هو بطور المعاوضة على نفوذ بيع الأب جارية الابن، لكن في خصوص بيعها من نفسه، فتكون أخصّ من المدّعي.

ودعوى عدم الفرق بين موردها وبين غيره، لا مجال لها بعد احتمال أن يكون الجواز فيه لاحتياجه إلى الجارية، كما في الإنفاق على نفسه من مال الولد.

وأما الطائفة الثانية ، فلأنه لا دلالة فيها على جواز تصرف الوصي في مال كان للصغير حال حياة الأب كإرثه من الأم، وإنما تدلّ على جواز تصرفه في مال يكون للصغير بعد وفاة أبيه من جهة إرثه منه، وهذا غير مجدٍ في المقام؛ لأنّ مرجعه في الحقيقة إلى تصرف الموصى في ماله بالتسيب، كما يستفاد ذلك من بعض أخبار الوصية.

وأما الطائفة الثالثة، فلأنه ليس فيها من الأب والجدة اسم ورسم، فتأمل.

وأما الطائفة الرابعة، فهي على صنفين:

أحدهما: ما يدلّ على حلية مال الولد للوالد، وذلك مثل رواية ابن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه بغير سرف، وقال: في كتاب علي عليه السلام إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء... الخبر» ورواية ابن سنان قال: «سألته -يعني الصادق عليه السلام- ماذا يحلّ للوالد من مال ولده؟ قال: أمّا إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من مال ولده شيئاً» وغيرهما من الروايات.

وثانيهما: ما يدلّ على أن مال الولد للوالد: إمّا فقط، كرواية يسار قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجبّ الرجل من مال ابنه وهو صغير؟ قال: نعم، قلت: يجبّ حجة الإسلام وينفق منه؟ قال: نعم بالمعروف، ثم قال: نعم يجبّ منه وينفق منه إن مال الولد للوالد... الخبر».

وإمّا مع الولد كما في النبوي المعروف في رجل استعدي أباه: «أنت ومالك لأبيك» الذي حكاه الإمام عليه السلام في رواية الحسين بن أبي العلاء، وقد وقع ذلك في ضمن جملة من الأخبار المروية عن أئمتنا عليهم السلام.

وقد نقلها في حجّ الحقائق.

أما الصنف الأول، فالظاهر منها - بعد تقييد مطلقاتها بمقيّداتها - أنّها مسوقة لبيان أنّ نفقة الوالد على الولد، وأنّ الوالد يحلّ له من قبل الشارع أن يأخذ من مال ولده مقدار نفقته، كما هو صريح رواية ابن سنان، فيكون أجنبيّاً عن إثبات الولاية والسلطنة للوالد على التصرف في مال الطفل لغير ما يحتاج إليه ولو كان مصلحة له، فضلاً عن عدمها.

وأما الصنف الثاني، فهو وإن كان قد يترآى منه الدلالة على المطلب في بادئ النظر، إلّا أنّه بعد الدقّة يعلم أنّه أجنبيّ عنه؛ لأنّ دلالة عليه مبنية على كون اللّام في «لأبيك» مستعملة في الملك؛ إمّا لإرادته فيلزمه بواسطة قاعدة السلطنة، سلطنة لما بعد اللّام على ما قبلها في أمثال ذلك، وإمّا لإرادة لازمه وهو السلطنة والولاية بطور الكناية.

وعلى التقديرين تدلّ على المطلوب، غاية الأمر أنّه على الأوّل يحرز الصغرى لكبرى شرعية مسلّمة، وهي سلطنة الناس على أموالهم، وعلى الثاني يدلّ على كبرى مستقلة، وهي سلطنة الأب والجّد على أموال الأولاد بما هي أموالهم.

فالدليل على السلطنة فيما نحن فيه على الأوّل حديث السلطنة.

وأما الأخبار المذكورة فهي منقحة لموضوعه.

وعلى الثاني نفس هذه الأخبار المذكورة.

ولا سبيل إلى ذاك المبنى، أمّا بالنحو الأوّل، فلو جوه:

الأوّل: منافاته للمقصود من إثبات جواز تصرفهما في مال اليتيم بما هو

مال الغير لا بما هو مالهما، على ما هو قضية اللّام.

والثاني: منافاته لحرمة أكلهما بأزيد من قدر الحاجة، كما هو صريح

جملة من أخبار الطائفة الأولى.

والثالث: إنّه مستلزم لعدم جواز تصرف الوالد في مال نفسه؛ لكونه حينئذٍ من التصرف في مال الغير بدون إذن صاحبه، وهو حرام بالأدلة الأربعة. والرابع: منافاته لمقتضى إضافة المال إلى الولد، التي هي بمعنى اللام؛ لاستحالة اجتماع المالكين المستقلين على مال واحد، إلا أن يقال: إنّه مثل اجتماع ملك العبد والسيد على مال العبد؛ بناء على أنّه يملك كما هو الأقوى، وفيه نظر، فتأمل.

والخامس: اقتضاء المعنى المذكور رقيّة الولد للوالد، وهو خلاف الضرورة.

والسادس: إن من هذه الأخبار المتضمنة للنبوي ما قد ورد مورد كبير الولد ورشده، ولا ولاية لهما عليه إجماعاً، وتخصيص المورد غير جائز جزماً، وذلك كرواية ابن أبي العلاء المذكورة في المتن، حيث إنّ مخاصمة الولد مع الوالد لا يكون إلا مع الكبر والرشد.

ورواية علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال: «سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان، فهو جدّ البنت أن يزوّج رجلاً، وهوى أبوها الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: الذي هوى الجدّ أحقّ بالجارية؛ لأنّها وأباها للجدّ».

ورواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: «إني لذات يوم عند زياد بن عبد الله إذ جاء رجل يستعدي على أبيه فقال: أصلح الله الأمير، إنّ أبي زوّج ابنتي بغير إذني؟ فقال لجلسائه: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال عليه السلام: ثم أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلمّا سألتني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك؟ ذالوا: بلى، فقلت لهم: كيف يكون هو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولي» حيث إنّ الولد في هذه الرواية والسابقة أبو البنت.

وأما بالنحو الثاني، فلبعض ما مرّ في النحو الأوّل، سيّما الأخير، فلا بدّ إمّا من طرح تلك الأخبار بالمرّة، وهو من جهة كثرتها بل تواترها غير جائز، أو تخصيصها بالولد الصغير، وهو ممّا يأبى عنه سياقها، مضافاً إلى إباء مورد بعضها كما لا يخفى.

فتعيّن حملها على معنى يجري في الولد الكبير الرشيد، ويوافق مع وجوب الإعطاء على الولد مقدار حاجة الوالد بأن يجعل «اللام» للتعليل والتسبيب، فيكون المعنى: أنت ومالك من أجل أبيك، بمعنى أن وجودك ووجود مالك ناشٍ من وجود أبيك ومسبّب عنه.

ولا إشكال أنّه بناء على هذا المعنى لا ربط لها بمسألة الولاية كما يعلم من ملاحظة نظائره، كقولك لشخص أعطاك مالاً كثيراً وأغناك: كلّ مالي وما بيدي من الأموال لك. أي لأجل إحسانك ومن بركاتك، فإن غاية ما يقتضيه هذا الكلام ويفاهم منه عرفاً هو أولويّة الجدّ من الأب وتقدّمه عليه فيما ثبت من الخارج جواز تصديّه لكلّ منهما وقبح معارضته له ممّا لو صدر ذلك من غير أبيه لما قبحت.

وهذا القبح إمّا بنحو يبلغ حدّ الإلزام كما في مقدار النفقة من مال الولد، وإمّا بنحو دون ذلك كما في الزائد على هذا المقدار المذكور، فيختلف مقتضاه باختلاف الموارد: فتارةً يقتضي الأولويّة، وأخرى يقتضي مراعاة الولد للوالد بطور الإلزام كما في مقدار نفقته، وكذلك مرحلة الإطاعة لأوامره^(١) ونواهيّه؛ وثالثة يقتضي ذلك لا بطور الإلزام كما في إعطاء الزائد عن مقدار نفقته، ولا يخفى أنّه على هذا المعنى يرتفع جميع الإشكالات حتى الأخير؛ إذ لا فرق في صدق هذا المعنى بين الصغير والكبير، وبذلك يحصل أيضاً التوافق بين الأخبار.

(١) في الأصل: لأوامر.

ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه: ما رواه في الوسائل في آخر كتاب القضاء عن الكليني رحمته الله بسنده عن الحكم بن عتيبة، قال: «تصدق أبي عليّ بدار فقبضتها، ثم ولد له بعد ذلك أولاد فأراد أن يأخذها مني ويتصدق بها عليهم، فسألت أبا عبدالله رحمته الله عن ذلك وأخبرته بالقصة فقال رحمته الله: لا تعطها إياه، قلت: فإنه يخاصمني، قال: فخاصمه ولا ترفع صوتك على صوته».

وما رواه الصدوق بسنده عن الحكم قال: «قلت لأبي عبدالله رحمته الله: إن والدي تصدق عليّ بدار ثم بدا له أن يرجع فيها» إلى أن قال: «فقال: بئس ما صنع والدك، فإن أنت خاصمته فلا ترفع عليه صوتك، وإن رفع صوته فأخفض أنت صوتك».

وموضع الاستشهاد ذيل الروایتين، والوجه واضح على المتأمل، فتأمل. فإن قيل: إنّ المعنى المذكور لأجل معلوميته بين الناس يكون التعرض له من توضيح الواضح، وهو مع قبحه في حدّ نفسه لا يناسبه هذا المقدار من الاهتمام والتكرار، وهذا بخلاف ما لو كان «اللام» للملك أو الاختصاص، وكان الكلام مسوقاً لبيان الحكم الموضوعي وإثبات الولاية والسلطنة بأحد التقريبين المذكورين.

قلت: نعم، لكنّه يرد فيما إذا وقع التكلم به ابتداء، وليس كذلك في مورد من الموارد، وإنّما وقع التكلم به إمّا إشارة إلى حكمة الحكم الواقعي، كأولوية الجدّ من الأب في مقام اختلافهما في تزويج البنت الصغيرة الثابت بجمله من الأخبار الصريحة - مثل رواية عبيد بن زرارة وعليّ بن جعفر - سلطنة كلّ واحد منهما عليها فيه؛ إمّا توطئة للإصلاح بين الولد والوالد كما في النبويّ المعروف، وحينئذٍ لا وجه لإشكال لزوم اللغوية أصلاً؛ لأنّ الأمر الواقعيّ الواضح المرتكز في الأذهان يصحّ ذكره حكمة للحكم تقريباً إلى ذهن المخاطب، أو مقدّمة لرفع النزاع والتخاصم، وهما من أعظم الفوائد.

فإن قيل: لا يصحّ إرادة المعنى المذكور في رواية عبيدة لاشتمالها على ما ينافي إرادته، وهو استشهاده عليه السلام على الحكم بنفوذ نكاح الجدّ وبهذا النبويّ؛ حيث إنّ الاستشهاد بشيء لا يصحّ في مقام إلّا مع انطباق المستشهد به على المستشهد له وكونه من أفراد، ولا انطباق في مورد الخبر إلّا بناء على دلالة على السلطنة ونفوذ التصرف.

قلت: اعلم أنّ حكم العامة ببطلان نكاح الجدّ في مفروض الرواية يمكن أن يكون لأحد أمرين:

الأول: توهم عدم السلطنة للجدّ مع وجود الأب أو كراهته لفعل الجدّ.
والثاني: توهم مساواتهما في السلطنة وعدم أقوائيّة سلطنة الجدّ بالقياس إلى سلطنة الأب بعد الفراغ عن ثبوتها لكلّ منهما.

فحينئذٍ نقول: إن كان مستند حكمهم بالبطلان هو الأوّل فالأمر كما ذكر في السؤال؛ إذ بناء عليه لا بدّ وأن يكون مستند حكم الإمام عليه السلام بالنفوذ: ثبوت سلطنة للجدّ وكونها أقوى من سلطنة الأب، ومع ذلك لا يصحّ الاستشهاد بالنبويّ إلّا إذا دلّ على سلطنة الجدّ وقوّتها، وهو ممنوع؛ لأنّ العامة أيضاً كالخاصّة قائلون بثبوت السلطنة للجدّ، فلا بدّ أن يكون مستند حكمهم بالبطلان هو الثاني، وعليه لا إشكال في صحّة الاستشهاد بالنبويّ بناء على المعنى الذي ذكرناه؛ ضرورة دلالة على أولويّة الجدّ وتقدّمه على الأب.

فتلخص ممّا ذكرنا كلّ: أنّ الدليل في المسألة منحصر بالإجماع، ولو نوقش فيه باحتمال استناد جلّ المجمعين لولا كلّهم إلى الأدلّة المتقدّمة تبقى المسألة خالية عن الدليل؛ فحينئذٍ يكون الأب والجدّ وغيرهما على حدّ سواء، فالأولى في إثبات الولاية لهما مقدّمًا على الغير التمسك بالسيرة العرفية المستمرة على تصرّفهما في مال طفلهما بالمعاملة مع عدم الردع عنها ولو بالأصل، فيرفع اليد بها عن الأصل والأدلة الدالة على عدم جواز التصرف في

مال الغير بدون إذنه، فتدبر جيداً.

ثم إنه لا يخفى عليك أنه لو سلّمنا دلالة الأخبار المتقدمة على ثبوت الولاية لهما على الطفل فلا ينبغي الإشكال في اختصاص مدلولهما من حيث متعلّق الولاية بالمال، فلا دلالة لهما في طلاق زوجته الدائمة وبذل المدّة في زوجته المنقطعة؛ للأصل، مضافاً في الأوّل إلى أخبار خاصّة مذكورة في كتاب الطلاق، فما في نكاح الجواهر من جواز بذل المدّة عن الصغير للأب والجدّ ليس في محلّه؛ لا بتناؤه على عموم الولاية لهما عليه في ذلك، وهو منتف. نعم لهما الولاية في الطلاق عن الطفل فيما إذا بلغ مجنوناً؛ لإطلاق جملة من الأخبار الدالّة على جواز طلاق الوليّ عن المجنون الشامل لصورة اتّصال الجنون بالصغر الحاكم على استصحاب عدم الولاية الثابت في حال الصغر، والظاهر إلحاق بذل المدّة في المنقطعة بالطلاق، فيجوز لهما ذلك في الصورة المذكورة على إشكال.

هذا مع فقد الحاكم، وأمّا معه، فهل الولاية فيه له فلا ولاية لهما إلّا مع فقده، أو لهما فلا ولاية له إلّا مع فقدهما، أو لكلّ واحد منهما ومن الحاكم؟ وجوه، والأحوط في صورة وجود أحدهما مع الحاكم إيقاع كلّ منهما الطلاق بإذن الآخر، وتفصيل الكلام موكول إلى باب الطلاق.

قوله: خلافاً للمحكّي عن الوسيلة والإيضاح فاعتبراه. ١٠/١٥٢

أقول: استدللّ لذلك بأمور:

عدم اعتبار
العدالة في
ولاية الأب
والجد ٣: ٥٣٥

الأوّل: الأصل بل الأصول؛ إذ قضيتها اعتبارها اقتصاراً على القدر

المتيقّن في مخالفة الأصل، وهو صورة العلة.

الثاني: ما ذكره في الإيضاح من أنه يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته عن غيره.

وفيه: أن غاية ما يقتضيه ذلك هو اعتبار الأمانة مقابل الخيانة لا العدالة

مقابل الفسق، ولا ريب في اعتبارها، وإلا يلزم تلف أموال الصغار والأيتام، ولا يندفع هذا المحذور بما ذكره المصنّف في جميع الموارد؛ لأنّ الحاكم مضافاً إلى أنّه لا يجب عليه نصب المسيطر على الآباء والأجداد واستعلام أحوالهم - لو لم نقل بحرمة لأجل كونه من التجسس المنهي عنه، فتأمل - كيف يطّلع على أحوالهم وخفايا أمورهم في جميع الأصقاع والقرى سيما البعيدة؟

ولو سلّم، فلا يسلم اطلاعهم على خيانتهم إلا بعد الوقوع، فقد يتفق عدم المال لهم وعدم قدرتهم على الكسب ولو لكبر السنّ، ومع ذلك يأكلون أموال اليتامى جميعاً؛ إذ لا رادع لهم من أكل مال الغير والظلم عليه سيّما إذا لم يقدر على دفعه عن نفسه، ففي هذه الصورة وإنّ أطلع الحاكم على أمر الوليّ وخيانتة لكن بعد تلف المال على نحو لا يمكن تداركه، وهذا بخلاف ما لو كان أميناً.

الثالث: آية النهي عن الركون إلى الظالم بتقريب: أنّ الله تعالى إذا لم يرضَ بركون العباد إلى الظالم كما هو قضيّة النهي عنه فهو أولى بعدم الركون إليه، وجعل الولاية للفاسق ركون إليه.

وقد يضعّف بأنّ المتبادر من الظالم من ظلم غيره فلا يعمّ من ظلم نفسه بالمعصية.

وفيه: منع التبادر فيعمّ من عصى ربّه وظلم نفسه كما في قوله تعالى: ﴿لَا يَنَالُ عَهْدِي الظَّالِمِينَ﴾^(١) فتأمل، فالأولى في التضعيف أن يقال: بأنّ جعل الولاية للفاسق ليس ركوناً إلى الظالم وميلاً إليه قلباً لا مطابقة ولا التزاماً؛ إذ لا ملازمة بين الركون الذي هو مرتبة ضعيفة من الحبّ، وبين جعل الولاية بمعنى أن يكون جعلها ناشئاً من الحبّ والميل، ألا ترى أنّه تعالى مع بغضه للكافر جعل له الولاية والسلطنة على ماله؟ بل أعطى أعداءه أموالاً كثيرة، ولعلّه لما ذكرنا تنظر المصنّف في دلالة الآية.

ثم إنه يمكن أن يستدلّ على اعتبار العدالة بآية النبأ الدالة على عدم استئمان الفاسق بوجوه ثلاثة ذكرها المصنّف في الاستدلال بها على اعتبار العدالة في الملتقط للقيط على ما ذكره بعض مقرري بحثه في اللقطة، قال: الأول: إنه إذا وجب الثبّت في خبر الفاسق، بمعنى عدم جواز الاعتماد على احتمال صدقه، وجب عدم الاعتماد على فعله، بمعنى عدم ترتيب آثار وجود الفعل على الفعل المحتمل صدوره منه؛ إذ لم يعلم حينئذٍ بوقوعه منه لا من جهة التفصيل ولا من جهة الإجمال الناشئة عن ملكة العدالة، وإلى هذا الوجه يشير ما عن العلامة عليه السلام من الاستدلال على اشتراط العدالة في الوصي بالآية.

الثاني: ما يظهر من التعليل بإصابة القوم بجهالة؛ إذ المراد بها مطلق الوقوع في مخالفة الواقع من باب الكناية، وإلا فلا ينطبق على بناء الفاسق في حق الله تعالى؛ إذ ليس في متابعة قول الفاسق بوجوب الصلاة إصابة قوم بجهالة، ولا ريب في أن الاعتماد على فعل الفاسق خوف مخالفة الواقع كثيراً. الثالث: ما اشتملت عليه أيضاً من تفرّيع الوقوع في الندم على ترك الثبّت في بنائه؛ لأنّ ندامة من يعتمد في الحقوق والأفعال الواجبة على الفاسق التي لا نعلم بصدورها منه أكثر من ندامة من يتبعه ويعتمد عليه في الأقوال، وإلى كل ذلك يشير الفاضل المذكور بأنّ الحضانة استئمان، فلا تليق بالفاسق، يعني: أن استئمان الفاسق في الأفعال الواجبة والأمور المحترمة في الشرع وتوكيلها وتفويضها إليه غير جائز؛ لعدم الاطمينان والوثوق بتحقيقها في الخارج، وهذا أولى من التعليل بأنّ الحضانة ولاية فلا تليق بالفاسق؛ لأنّ الظاهر أن اعتبار العدالة في المقام وأمثاله من الاستئمانات ليس لأجل مطلوبيتها ذاتاً وكونها صفة خاصّة قائمة بالعدل، بل لأجل كشفها عن الواقع وكونها موجبة لطمأنينة خاطر بأقواله وأفعاله.

وتوضيح ذلك: أن لا اعتبار العدالة مقامين:
أحدهما: اعتبارها من حيث كونها موضوعاً لحكم من الأحكام الشرعية
ولمناسبة ذلك الحكم لها.
والثاني: اعتبارها لأجل كونها تبييناً إجمالياً وعلماً شرعياً بأمانة العادل
وعدم خيانتة في أخباره وأفعاله التي فوّضها الغير إليه.
ومن قبيل الأول: اعتبار العدالة في شهود الطلاق، فإنه ليس لأجل
اعتماد الغير على فعلهم أو قولهم؛ إذ الفعل وهو الطلاق فعل المطلق، بل
لمطلوبيّتها في نفسها إمّا في الواقع أو في نظر المطلق، والثمرة بينهما تظهر فيما
لو كان الشاهدان عدلان في نظر المطلق لا في نفس الأمر فيجوز لهما تزويج
المطلّقة في الثاني دون الأول، وكذا اعتبارها في القاضي والمفتي وإمام
الجماعة على أظهر الوجهين كما يرشد إليه ما ورد في الأخير: «إن إمامك
شفيعك فلا تجعل شفيعك فاسقاً ولا سفيهاً».
والوجه الآخر هو كون اعتبارها فيهم لأجل حصول الإطمينان بعدم
الجور في القضاء، وعدم الكذب في الفتوى، وعدم الإخلال بشروط الصلاة
وأجزائها، ومن هذا الباب أيضاً اعتبار العصمة في الإمام؛ إذ الإمامة منصب
جليل فلا يليق بغير المعصوم، ولو جعل اعتبارها لأجل الاعتماد إلى ما يخبر
عن الله تعالى من الأحكام دخل في القسم الثاني.
ومن قبيل الثاني اعتبارها في الأمناء الشرعية أو المالكية، كالوصيّ
ووكيل الوكيل وقيّم الأطفال من قبل الحاكم والأجير في الأعمال الواجبة،
كالحجّ والصوم والصلاة، والأمين على محافظة الرهن وغير ذلك من موارد
استئمان الشخص على إتيان فعل واجب أو حفظ مال أو نفس أو غير ذلك؛ فإنّ
اعتبار العدالة في هذه المواضع إنّما هو لأجل ما يبتّاه من أنّه لولاها لما يحصل
الاطمينان بحصول الفعل المطلوب.

وهذا - أعني اعتبار العدالة في أمثال المقام من موارد الاستيمان الخالقي أو الخلقي - باب معروف مطّرد بين الأصحاب حتى إنه لأجل مراعاته استشكل العلامة في القواعد في ولاية الأولياء الإجبارية مع فسقهم بعد أن صرّح باعتبارها في الوصي، مع أنّه ورد مثل قوله: «أنت ومالك لأبيك»، بل ذكر المحقق الثاني في شرحه منشأ الإشكال ثم قال: الأقوى أنّ الحاكم إن علم فسقهم عزلهم، وإن جهل الحال اجتهد، وهو خيرة الحلّي أيضاً، ولعلّ المشهور القائلين بعدم اعتبارها فيهم ربّما يظهر منهم أيضاً المفروغيّة عن اعتبارها إلا أن يقوم مقامها ما يفيد الاطمينان بعدم الخيانة؛ حيث يعلّلون عدم الاعتبار بأنّ شفقة الأب مانعة عن الخيانة. انتهى موضع الحاجة، نقلناه بطوله لاشتماله على فوائد، ولعلّها مراد صاحب الإيضاح من نصّ القرآن.

لكن يرد عليه: أنّه أخصّ من المدعى؛ حيث إنّها تدلّ على صلاحيّته للاستئمان بعد التبيّن، والمدعى عدم الصلاحيّة مطلقاً، فقد ظهر من جميع ما ذكرنا أنّ دليل اعتبار العدالة هو الأصل فقط.

قوله: والمشهور عدم اعتبار العدالة للأصل. ٩/١٥٢

أقول: استدللّ المشهور بأمور:

الأوّل: الأصل، كما في المتن.

وفيه: أنّه إن أُريد به أصالة عدم اعتبار العدالة بمعنى الاستصحاب، ففيه: أنّه ليس له حالة سابقة يقينيّة فته.

وإن أُريد به ما في بعض الحواشي من أنّ أصالة عدم الدليل دليل العدم فيما يعمّ به البلوى كما نحن فيه، ففيه: أنّه لا دليل على حجّية ذلك مطلقاً ما لم يرجع إلى أصل معتبر لما قرّر في محله.

الثاني: الإطلاقات.

وفيه: أنّه إن أراد بها إطلاق «أنت ومالك لأبيك» ونحوه من الأخبار

المتقدمة، ففيه: أن إطلاقه من حيث العدالة، وإن كان لا إشكال فيه بل يمكن أن يقال: إن مورد رواية الحسين بن أبي العلاء صورة فسق الأب؛ حيث إن الولد نسب إلى أبيه الظلم في قوله هذا أبي ظلمي ميراثي» وجواب الأب أنه أنفقه عليه وعلى نفسه بعد ملاحظة قوله عليه السلام: «أو كان رسول الله ﷺ يحبس الوالد للولد؟» ظاهر في تقرير هذه النسبة؛ إذ لو كان نظره في دعوى ذلك إلى إنكار الظلم - بأن أراد الإنفاق الجائز شرعاً بأن كان محتاجاً إلى الإنفاق من مال الولد وأخذ منه بمقدار النفقة يوماً فيوماً حتى أفنى ماله - لم يكن له مجال لتوهم حبسه حتى يدفع بقوله عليه السلام: «أو كان»، بل لا بد من حلفه، وكان المناسب أن يقال: أو كان رسول الله ﷺ يحلف الوالد للولد؟ ولا ينافي في ذلك قوله عليه السلام: «ولم يكن عند الرجل شيء»؛ حيث إن المراد منه عدمه عند المخاصمة لا عند الإنفاق فتأمل، هذا بخلاف ما لو كان تقريراً لنسبة الظلم المستلزم لكون المراد من الإنفاق هو على وجه الإسراف، ومرجعه إلى الإقرار بالاشتغال، ومقتضاه استنقاذ مال الولد ولو بحبس أبيه.

وبالجملة: لا ريب في إطلاق ما ذكر من النبوي، إلا أن الاستدلال بإطلاقه فرع دلالة على أصل ثبوت الولاية، وقد مر أنه غير مربوط به فراجع. وإن أراد بها إطلاق ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) و﴿أحل الله البيع﴾^(٢) كما احتمله في بعض الحواشي، ففيه ما لا يخفى؛ لأن المراد من العقود والبيع على ما عرفت في الفضولي، إما عقود المالك ومن يقوم مقامه وبيعه، أو عقود كل عاقد وبيع كل بائع لكن مقيد برضا المالك ومن يقوم مقامه بملاحظة أدلة اعتبار الطيب، وعلى التقديرين لا يجوز الرجوع إلى إطلاقهما في رفع الشك في اعتبار العدالة في ولاية الأب والجد على مال الصغير؛ إذ الشك في ذلك يوجب

(١) المائدة: ١.

(٢) البقرة: ٢٧٥.

الشك في أن عقدهما على مال الصغير مع فسقهما، عقد من يقوم مقام المالك في السلطنة على العقد، أو عقد رضى به المالك أو من يقوم مقامه أم لا، ومرجعه الاستدلال بالإطلاق المذكور حينئذٍ إلى التمسك بالكبرى مع الشك في الصغرى، وهو غير جائز، فتدبر.

الثالث: فحوى الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج، قال في التذكرة الفسق: لا يسلب ولاية النكاح عند علمائنا أجمع فللفاسق أن يزوج ابنته الصالحة البالغة بإذنها والصغيرة والمجنونة مطلقاً. انتهى.

وفيه: منع الفحوى بما عرفته سابقاً، وبه يظهر الجواب عن التمسك بفحوى الإطلاقات الواردة في ولايتهما على النكاح.

هذا، مع أن ظاهر قوله: «الفسق لا يسلب» أن فرض كلام العلامة صورة عروض الفسق على الولي وقضية الاستصحاب فيها ما ذكره رحمته، ولا ربط لها بما نحن فيه من صورة فسقه من أول الأمر.

الرابع: ما عن المناهل من فحوى ما دلّ على عدم اشتراط العدالة في الوكيل.

وفيه: منع واضح؛ لأن الموكل حيث إنه بالغ رشيد يجوز له إتلاف ماله بنحو الهبة، وتوكيل الفاسق لا يزيد على ذلك قطعاً، وهذا بخلاف الولي، فإنه لم يجوز عليه الشرع إتلاف مال المولى عليه، فكذا ما هو في معرض الإتلاف، أعني ولاية الفاسق.

والخامس: ما عنه أيضاً من لزوم الحرج غالباً لو اعتبرت العدالة فيهما، وهو منفيّ بدليل نفي الحرج.

وفيه: منع لزومه مع وجود الحاكم وعدول المؤمنين.

السادس: ما عنه أيضاً من أن العدالة لو كانت شرطاً لاشتهر رواية

وتواتر؛ لتوفر الدواعي إلى ذلك، والتالي باطل فكذا المقدم.

وفيه: نظر واضح.

السابع: ما عنه أيضاً من أن الأصل بقاء الولاية لهما إذا كانا عادلين ثم فسقا مع عدم القول بالفصل بين الصور.

وفيه: ما لا يخفى.

الثامن: ما عن جامع المقاصد من أن ولايتهما ثابتة بأصل الشرع، ولم يشترط الشرع فيها العدالة.

وفيه: ما مر من عدم عموم أو إطلاق يدل على عدم الاشتراط قبالة الأصل المقتضي للاشتراط، فيرجع إلى الأصل، ومقتضاه عدم الولاية للفساق منهما.

ومع ذلك كله، فالحق عدم اعتبار العدالة، والدليل عليه: دعوى السيرة القطعية المستمرة من زمن النبي ﷺ إلى زماننا هذا على عدم التفتيش عن سلوك آباء الأطفال وأجدادهم معهم في أموالهم، ومنعهم عن التصرف في مالهم وجعلهم بمنزلة الأجنيبي عنهم حتى يثبت عدالتهم، بل لم يعهد إلى الآن عزل الأب عن مال^(١) طفله لفسقه، فتأمل جيداً.

قوله: وهل يشترط في تصرفه المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم

لا يعتبر شيء؟ وجوه.

أقول: أقواها أولها لوجوه:

الأول: أصاله عدم تسلط أحد على مال أحد إلا مع اليقين بخلافه، وهو

صورة وجود المصلحة؛ إذ ليس في المقام إطلاق يدل على عدم اعتبارها.

الثاني: قوله: «وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»^(٢). وجه الدلالة: أن «الأحسن» إما أريد منه التفضيل أو المجرد عنه،

هل تشترط
المصلحة أو

عدم المفسدة؟

٣ : ٥٣٦

(١) في الأصل: لمال.

(٢) الأنعام: ١٥٢.

وعلى الأول: لا ريب في الدلالة، بل قضيتها لزوم مراعاة الأصلح؛ وعلى الثاني: فالظاهر أن المراد من «الحسن» ما فيه المصلحة، لا ما لا مفسدة.

ثم إن الآية بإطلاقها يشمل الجد؛ لصدق اليتيم على من مات أبوه وبقي جدّه، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل.

وأما ما أورد المصنّف على دلالة الآية بقوله بعد نصف صفحة: «وأما الآية الشريفة فلو سلّم دلالتها» فيأتي الكلام فيه هناك فانتظر.

الثالث: إن الظاهر من أدلة ولاية عدول المؤمنين كما يأتي اعتبار المصلحة في ولايتهم، ومناط الاعتبار هنا - وهو قصور الصغير عن التميّز بين صلاحه وفساده - موجود في المقام، مع عدم دليل يدلّ على عدم اعتبارها في المقام.

وأما الوجه الثاني، وهو كفاية عدم المفسدة، فدليله أمران:

أحدهما: الأصل، تمسك به فاضل المستند عليه السلام.

والثاني: الإطلاقات تمسك به المصنّف عليه السلام فيما بعد في قوله: «ولكن الأقوى كفاية عدم المفسدة» إلى قوله: «فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدّمة» وقد مرّ فساد الدليلين في بيان فساد التمسك بهما في عدم اعتبار العدالة في ولايتهم، فراجع.

وأما الوجه الأخير، وهو عدم اعتبار شيء، فمع أنّه لا دليل عليه كما ستعرف فيما نعلّقه على ما استدللّ به المصنّف عليه، لا قائل به أيضاً كما في بعض الحواشي.

قوله: ويشهد للأخير إطلاق ما دلّ. ١٥/١٥٢

أقول: والجواب عن هذه الأخبار.

أما عن الأولين فيما تقدّم في الاستناد إليهما في عدم اعتبار العدالة، وأنّهما اجنبيان عن أصل إثبات الولاية، فضلاً عن خصوصيتها.

وأما عن الأخيرين فبأن الظاهر أنهما سيقا لبيان أخذ النفقة كما يعلم ذلك بملاحظة بعض الأخبار، فلا ربط لهما بمقام التصرف في مال الطفل بالبيع له، فضلاً عن إطلاقهما لصورة البيع مع المفسدة فيه.

١٧/١٥٢

قوله: ويؤيده أخبار جواز تقويم.

أقول: قد مرّ عند الكلام في وجود الدليل الشرعي على ولاية الأب والجدّ على مال الطفل وعدمه المناقشة في دلالتها على ثبوت الولاية فيه في غير موردها، باحتمال أن يكون نفوذ الشراء فيه لأجل احتياج الأب إلى الجارية.

قوله: لكن الظاهر منها تقييدها.

أقول: هذا جواب عن الاستدلال بالأخبار، المذكور للوجه الأخير، يعني: لكن الظاهر أنه ليست على إطلاقها بل مقيدة بصورة حاجة الأب، والدليل على التقييد بها رواية الحسين وصحيفة أبي حمزة؛ لدالتهما على عدم جواز الأخذ من مال الولد أزيد ممّا يحتاج إليه من مقدار النفقة.

ولا يخفى أنّ هذا الجواب لا يفي بمرامه عليه السلام من خروج الفساد في مال الطفل بمثل البيع بأقلّ من ثمن المثل على إطلاقها؛ إذ غاية ما يقتضيه الجواب المذكور - مثل رواية الحسين وأبي حمزة - خروج ما كان الفساد الوارد على مال الطفل من جهة أكله بأزيد من قوته عن إطلاقها لا خروج الصورة الأولى مع أنّه النافع في الجواب.

فالتحقيق في الجواب: ما ذكرنا من منع إطلاقها من الأوّل لما عدا أخذ النفقة إلّا أن يكون نظره إلى دعوى الأولوية.

قوله عليه السلام: فإنّ إطلاقه يشمل الجدّ.

فيدلّ على عدم جواز القرب إلى مال اليتيم مع الفساد سواء كان الحسن في الآية بمعناه أو بمعنى عدم المفسدة.

ظهور الاجماع
على اشتراط
عدم المفسدة
بل وجود
المصلحة
٣: ٥٣٩-٥٤٠

قوله: بل في مفتاح الكرامة.

أقول: هذا شروع في الاستدلال على الوجه الأول، وقد مرّ أنّه الأقوى .

قوله: عمّموا الحكم باعتبار المصلحة. ٢٨/١٥٢

أقول: الجارّ متعلّق بالحكم باعتبار المصلحة في جواز التصرف في مال

اليتميم للأب والجدّ ولم يستثنوهما.

قوله: قال وتوقّف. ٣٠/١٥٢

أقول: يعني قال قطب الدين وتوقّف العلامة في جواز بيع الوليّ بدون

المصلحة بزعم أنّ القول بالجواز مخالفة للأصحاب القائلين بعدم جوازه وهو

لا يقدر عليها.

قوله: فلو سلّم دلالتها فهي مخصّصة. ٣٢/١٥٢

الأقوى كفاية
عدم المفسدة
٣: ٥٤٠-٥٤١

أقول: قال في بعض الحواشي: الوجه في منعه دلالة آية ﴿لَا تَقْرَبُوا﴾^(١)

على اعتبار المصلحة: أنّ لفظة «أحسن» فيها ليست مسوقاً لبيان إفادة معنى

التفضيل كما يساعد عليه العرف، فهو بمعنى الحسن الذي هو عبارة عمّا

لا حرج فيه، وهذا المعنى يتمّ مع عدم المفسدة ولا يستلزم وجود المصلحة.

انتهى.

وفيه: أنّه خروج عن ظاهر اللفظ هيئة ومادة من دون قيام قرينة عليه،

وفي مساعدة العرف عليه منع فتأمل.

وأما دعوى تخصيصها بما دلّ على ولاية الأب والجدّ... إلى آخره، ففيه

ما مرّ مراراً من أنّ مثل قوله ^{عليه السلام}: «أنت ومالك لأبيك» الذي هو مراده ^{عليه السلام} ممّا

دلّ على ولاية الجدّ لا دلالة له على ولايته في الأموال، ومرّ أيضاً عدم دليل

آخر له إلّا الإجماع، بل مرّ الإشكال فيه أيضاً، ومرّ أيضاً عدم الملازمة بين

ثبوت الولاية للجدّ في التزويج وبين ثبوتها له في المال.

٣٣/١٥٢

قوله: الظاهرة في أن له.

أقول: الظاهر أنها صفة للموصول في قوله «بما دلّ»، والتأنيث - على تقدير صحة النسخة - باعتبار المعنى، فإنّ المراد منها الأدلة والإطلاقات الدالة على ثبوت الولاية والسلطنة وليست صفة للسلطنة؛ إذ ليس في الأدلة لفظ السلطنة وما يراد فيها حتى يكون له ظهور فيما ذكر.

ثم إنّ المراد من ظهور الأدلة في أن له - أي للجدّ - أن يتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة هو بملاحظة ما تقدّم منه عليه السلام من تقييدها بما دلّ على عدم جواز الفساد والإسراف، وإلا فهي عامّة لصورة وجود المفسدة أيضاً.

قوله: فإنّ ما دلّ على ولاية الجدّ في النكاح معللاً.

أقول: هذا علّة للظهور في أن له التصرف... إلى آخره.

وفيه: أنّ التعليل بأنّ البنت وأباها للجدّ، وبقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» إنّما يجدي لو كان اللّام فيه للملك أو الاختصاص، وقد عرفت الإشكال فيه من وجوه ستّة وقلنا: إنّ اللّام فيه للتعليل، وإنّ استشاده به لا يأبى عن ذلك بل يلائمه، فراجع وتدبّر.

قوله: ثمّ لا خلاف ظاهراً في أنّ الجدّ وإن علا يشارك الأب في الحكم.

١/١٥٣

مشاركة
الجدّ وإن علا
للأب ٣ : ٥٤٢

أقول: في محكي كشف الظلام قال بعد نقل القول بالتسوية بين الأب وآبائه: إنّ إن تمّ إجماع فيها وإلا فللمناقشة فيه مجال. انتهى.

ومقتضى الأصل اختصاص المراد من الجدّ بأب الأب، ولا دليل على تعميمه للجدّ العالي إلا الإجماع؛ لما مرّ من المناقشة في دلالة مثل قوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» على الولاية في الأموال.

ويمكن الخدشة في الإجماع باحتمال الاستناد إلى مثل ما ذكر من الأخبار الذي عرفت المناقشة فيه.

وبالجملة: لا دليل على ثبوت الولاية للجدّ في الأموال أصلاً إلا ما ذكرنا من السيرة، وهي مختصة على الظاهر بأب الأب فقط، ومن هنا يظهر أنّ ولايته موقوفة على فقد الأب فلا يشاركه في الحكم مع وجوده؛ لعدم السيرة عليها إلا في هذه الصورة.

وما ذكرناه من التوقف لعلّه الظاهر من العلامة رحمته في وصايا التذكرة، قال: ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ، وولاية الجدّ مقدّمة على ولاية الوصيّ للأب، والوصيّ للأب أولى من الحاكم. انتهى.

إذ مقتضى السياق أنّ تقدّم ولاية الأب على ولاية الجدّ مثل تقدّم ولاية الجدّ على ولاية الوصيّ تقدّم رتبيّ، ومعناه أنّه لا وجود للمرتّب في مرتبة المرتّب عليه، وحمل التقدّم فيه بالخصوص على التقدّم في مقام التعارض الكاشف عن ثبوت الولاية له مع وجود الأب خلاف السياق.

ونحن في فسحة من التكلّم في أنّ كل واحد من الأب والجدّ وليّ مستقلّ، أو هما معاً وليّ واحد لا ينفذ تصرّف أحدهما بدون رضا الآخر، وكذا عن التكلّم في حكم التعارض بين عقديهما، وتعيين أحد الوجوه المحتملة فيه من تقديم عقد الجدّ أو الأب والرجوع إلى القرعة وبطلانها معاً، وكذا عن التكلّم في أنّ الجدّ إذا تعدّد هل لكلّ واحد من الأجداد ولاية أو مختصة بالجدّ القريب مطلقاً؛ وذلك لتوقف هذه الفروع كلّها من حيث الموضوع على اختيار ثبوت الولاية للجدّ مع وجود الأب، ولا نقول به، وعلى القول به: الأقوى في الفرع الأوّل هو الاستقلال، وفي الثاني: تقديم عقد الجدّ، وفي الثالث: ثبوت الولاية لكلّ جدّ مطلقاً ولو مع وجود الأب.

ثمّ إنّ الأقوى اختصاص الحكم بالأب والجدّ النسيّين، أمّا بناء على المختار من عدم تماميّة دلالة الأخبار على ثبوت الولاية لهما في المال، فللأصل، وأمّا بناء على تماميتها - كما عليه المصنّف - فلخروج الرضاعيّين

عنها حقيقة لكونهما مجازاً فيهما وانصرافاً على فرض الحقيقة فيهما أيضاً، ومنه يظهر حكم الأب والجد من الزنا.

ثم إن ما ذكرنا في ولاية الأب والجد من النقص والإبرام إنما هو فيما إذا كان الطفل حرّاً، وأمّا إذا كان عبداً، فهل الولاية في ماله على القول بملكه مطلقاً، كما هو أقوى القولين في المسألة، أو في خصوص فاضل الضريبة وأرش الجناية - كما هو القول الآخر - للمولى أو الأب والجد مثل الحرّ، أو الحاكم؟ وجوه، من الأصل وإطلاق أدلة ولاية المولى، ومن إطلاق أدلة ولاية الأب والجد، ومن تعارض إطلاقها مع إطلاق أدلة ولاية المولى بالعموم من وجه، فيرجع - بعد التساقط - إلى أدلة ولاية الحاكم.

والأقوى هو الأوّل؛ إذ قد مرّ أنّه ليس لنا دليل في ولاية الأب والجد في مال الصغير حتّى يؤخذ بإطلاقه ويقال بالوجه الثاني، أو يلقي التعارض بينه وبين إطلاقه أدلة ولاية المولى كي يقال بالوجه الثالث، ولو سلّم بإطلاق ولاية المولى حاكم عليه، فتأمّل.

[• ولاية الفقيه]

٩/١٥٣

قوله: وغيرها في الجملة.

أقول: كما في الحجر للفلس ونحوه ورؤية الهلال.

١٢ - ١١/١٥٣

قوله: ومرجع هذا إلى كون نظره سبباً.

أقول: يعني كون إرادته علّة تامّة لجواز التصرف.

١٣ - ١٢/١٥٣

قوله: ومرجع كون نظره شرطاً.

أقول: يعني أنّ نظر الغير وإرادته مقتضى لجواز تصرفه، ونظر الفقيه

وإرادته شرط لجوازه.

١٣/١٥٣

قوله: وبين موارد الوجهين عموم من وجه.

مناصب الفقيه:
الإفتاء
والحكومة
والولاية ٥٤٥:٣

١- استقلال الولي
بالتصرف ٥٤٦:٣

٢- توقّف
تصرف الغير
على إذنه
٥٤٦ : ٣

أقول: كان الأولى إسقاط كلمة «موارد» كما لا يخفى.

وكيف كان، فمادة الاجتماع كما في التصرف في مجهول المالك والتصدق والتصرف في أموال القاصرين، فإن الحاكم يستقل فيه وغيره يحتاج إلى إذنه على إشكال فيه عندنا، ومادة وجود الأول دون الثاني: بأن يكون للحاكم استقلال في التصرف من دون اشتراط إذنه في تصرف الغير، بل له الاستقلال أيضاً كما في الزكاة على ما قيل من استقلال التصرف فيه للحاكم، ومادة وجود الثاني دون الأول وهو مورد اعتبار إذن الحاكم في تصرف الغير مع عدم استقلال الحاكم فيه، كما في التقاص؛ فإنه يحتاج إلى إذن الحاكم على قول لا نرضيه، ولا يجوز للحاكم الاستقلال فيه.

١٥/١٥٣ قوله: خرجنا عن هذا الأصل.

ثبوت الولاية
بالمعنى الأول
للنبي والأئمة
عليهم السلام
٥٤٦ : ٣

أقول: مقتضى مقابلة هذا لقوله فيما بعد: «وأما بالمعنى الثاني... إلى آخره» أن يقول: خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي والأئمة عليهم السلام بكلا المعنيين، أما بالمعنى الأول فبالدلالة الأربعة إلى أن يقول: وأما بالمعنى الثاني فبأخبار خاصة دالة على وجوب الرجوع... إلى آخره.

٢ - توقف
تصرف الغير
على إذنه
٥٤٦ : ٣

١٤/١٥٣ قوله: كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم.

أقول: والقيّم على الصغار من قبله.

١٦/١٥٣ قوله: قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ﴾ (١).

ثبوت الولاية
بالمعنى الأول
للنبي والأئمة
عليهم السلام
٥٤٦ : ٣

أقول: وجه الدلالة، أما في الآية الأولى: فهو أن مقتضاها أن ما كان للأنفس فهو للنبي ﷺ بنحو الأولوية، ومن جملة ما كان لها نفوذ التصرفات في أموالهم فيكون للنبي بالأولوية.

وإن شئت قلت: إن معنى الآية أن ميل النبي ﷺ مقدّم على ميل المؤمنين عند الاختلاف، مثلاً لو أراد أحدهم بيع ماله من زيد وأراد ﷺ بيعه

من عمرو وباعاً معاً نفذ بيعه ﷺ لا يبيع صاحب المال، ولا نغني من الولاية إلا هذا.

وتوهم عدم عموم متعلق الأولوية لمثل التصرف في الأموال؛ لأنه غير المذكور في الآية فلعله شيء غير مربوط به، مدفوع بورودها مورد الامتنان على النبي ﷺ المقتضي لإرادة العموم.

وأما في الآية الثانية فهو أن المراد منه نفي الخيار عمن من شأنه الاختيار في أمر قضى الله ورسوله وأنهى إلى منتهاه، فيعم بإطلاقه التصرفات المالية بالمعاملة وغيرها، ولا ريب أن نفي الخيار عنه في الصورة المذكورة يلزم ثبوت الولاية لله ورسوله وهو المطلوب، فتأمل، ويتم المطلوب في الأئمة عليهم السلام بعدم الفصل بينهم وبين الرسول ﷺ.

قوله: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ﴾^(١).

١٦/١٥٣

الاستدلال
بالكتاب ٣: ٥٤٧

أقول: في الاستدلال بها - وبسائر الآيات والأخبار الدالة على وجوب الإطاعة وحرمة المخالفة للرسول والأئمة عليهم الصلاة والسلام - على المدعى نظر؛ إذ لا وجه له إلا دعوى الملازمة بينهما وبين الولاية وهي ممنوعة، ألا ترى أن طاعة الأم واجبة على الولد ومع ذلك لا ولاية لها عليه؟ وكذلك يجب على الولد الكبير إطاعة الوالد ولم يلتزم أحد بولايته عليه، ومن هنا علم النظر في الاستدلال بحكم العقل؛ إذ غاية ما يدل عليه العقل بكلا قسميه إنما هو وجوب الإطاعة، وقد مر أنه لا ملازمة بينه وبين الولاية. وبالجملة، هنا أمران:

أحدهما: وجوب إطاعتهم عليهم السلام.

والآخر: جواز تصرفهم عليهم السلام في أموال الغير وضعاً وتكليفاً.

وبالبحث في الثاني، ومفاد الأدلة المذكورة هو الأول، ولا ملازمة بين

الأمرين، ولعلّه لما ذكرنا أمر بالتأمل في ذيل تقرير حكم العقل الغير المستقلّ، نعم يصحّ الاستدلال بها على وجوب إطاعتهم عليهم السلام حتى في الأوامر العرفيّة، وأنّه غير مختصّ بالأوامر الشرعيّة كما زعمه بعض المحشّين، فتدبرّ.

قوله: ويكفي في ذلك ما دلّ على أنّهم أولو^(١) الأمر وولاته.

ثبوت الولاية
بالمعنى
الثاني
والاستدلال
عليه
٥٤٨:٣-٥٤٩

أقول: يمكن المناقشة في الاستدلال بذلك بقوة احتمال كون المراد من «الأمر» في أولي الأمر وولاية الأمر: أمر الخلافة والسلطنة، فيدلّ على لزوم مراجعتهم عليهم السلام في شؤون السلطنة من: أخذ الخراج من الأراضي الخراجيّة وجمع العسكر وحفظ الثغور وتجهيز الجيوش وغير ذلك ممّا يقوم به أمر السلطنة، وهذا أخصّ ممّا ادّعاه المصنّف رحمته بكثير؛ إذ جملة من الأمور العامّة - كالتصرّف في أموال القصر والتصدّي للأوقاف العامّة التي ليس لها متولّ منسوب من قبل الواقف ونصب القيمّ لليتيم وغير ذلك من الأمور الحسينية - ليست ممّا يقوم به أمر السلطنة.

قوله: وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع.

أقول: يشكل الاستدلال به بما يأتي من كون اللّام في «الحوادث» للعهد إشارة إلى ما وقع في السؤال المجهول الحال من حيث العموم بذاك المقدار الذي ادّعاه المصنّف رحمته وعدمه، ومعه لا دلالة على المدّعى لاحتمال كون المراد منها: الحوادث الخاصّة.

قوله: وما في العلل.

أقول: يمكن الخدشة في دلالة ذلك على المدّعى بأنّ في ذيله قوله عليه السلام: «فيقاتلون به عدوّهم ويقتسمون به فيّهم ويقيمون به جُمعتهم وجماعتهم ويمنع ظالمهم عن مظلومهم» فيمكن أن يراد من الدنيا في قوله: «في أمر الدين والدنيا» هذا المقدار، فتأمل.

(١) في الأصل: أولي.

فاللّازم هو المشي على طبق الأصل المقتضي لعدم وجوب الرجوع إليه عليه السلام والاقتصار في الخروج عنه على ما قام الدليل الخاصّ فيه على وجوب الرجوع إليه والاستئذان منه كالحدود والتعزيرات والحكومات؛ لما ورد من أنّها لإمام المسلمين، والصلاة على الجنائز؛ لما ورد من أنّ سلطان الله أحقّ بها.

هذا، ولكن لا يجوز الرجوع إلى الأصل هنا لفرض التمكن من إزالة الشكّ بالرجوع إليه لفرض حضوره، فاللّازم هو الاحتياط بالرجوع إليه عليه السلام.

٢/١٥٤

قوله: مثل أنّ العلماء ورثة الأنبياء.

أقول: رواه الصدوق في أماليه، ورواه في أوّل المعالم بأسانيد عديدة متّصلة عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به طريقاً إلى الجنّة، وأنّ الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضاً به، وأنّه ليستغفر لطالب العلم من في السماوات ومن في الأرض حتى الحوت في البحر، وفضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر النجوم ليلة البدر، وأنّ العلماء ورثة الأنبياء، وأنّ الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً ولكن ورّثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظّ وافر».

وفيه - بعد تسليم عدم إرادة الأئمّة من العلماء كما يدلّ عليها قول الصادق عليه السلام في رواية يونس: «الناس على ثلاثة: عالم ومتعلّم وغثاء، فنحن العلماء، وشيعتنا المتعلّمون وسائر الناس غثاء» بل قضيتها إنّ أحداً من الرعية ليس بعالم بالمعنى المراد منه في أمثال هذه الرواية -: أنّ ذيله قرينة على أنّ المراد من متعلّق الإرث هو الأحاديث والأحكام الشرعية، فلا يعمّ الولاية إلّا أن يقال: نعم، ولكن مناط الولاية في الأنبياء: علمهم بالأحكام، وهو متحقّق في العلماء.

وفيه: بعد تسليم ذلك أنّه لا يجدي إلّا بعد دعوى القطع بعدم دخالة

الاستدلال
عليه
بالروايات
٣: ٥٥١-٥٥٢

التفاوت في مقدار العلم وكيفيته، وأنّى له بذلك؟
ثم إنَّ المراد بقوله ﷺ: «وَأَنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَمْ يَوْرَثُوا» أَنَّ الْأَنْبِيَاءَ لَيْسَ بِنَاوَهُمْ
على جمع المال حتى يبقى بعدهم ويرثوه الورثة عنهم كما في سائر آحاد
الناس، بل بناوَهُمْ على نشر العلم والأحاديث وترويج الأحكام كي يستفيع به
الناس، مثل ما يستفيع الوارث من مال مورثه، فلا نظر فيه، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ اتَّفَقَ مِنْهُمْ
ترك المال وبقي منهم الدينار والدرهم بماذا يعمل فيه: يرثه ورثته مثل سائر
الناس أم لا؟ فلا يرتبط مضمون هذا الحديث بمضمون الحديث المجعول
لأجل غصب فذك وأخذه من يد فاطمة عليها السلام: «نحن معاشر الأنبياء لا نورث، ما
تركناه صدقة» حتى يكون شاهداً عليه كما قد يتوهم.

ويشهد للمعنى الذي ذكرناه ما أرسله الكراجكي عن أمير المؤمنين عليه السلام:
«العلم أفضل من المال بسبعة: الأول أَنَّهُ ميراث الأنبياء والمال ميراث
الفراغة... الحديث»؛ حيث إنَّ ميراث الفراغة قد يختص بالمال ضرورة إمكان
توريثهم العلم أيضاً، فالمراد منه توريث المال من حيث البناء والغلبة، فيعلم
بالمقابلة أَنَّ المراد من توريث الأنبياء العلم إِنَّمَا هو بحسب البناء والغلبة.
قوله: ٣/١٥٤ وَأَنَّ الْعُلَمَاءَ أَمْنَاءُ الرسل.

أقول: نظره في ذلك إلى ما رواه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: «قال
رسول الله ﷺ: الفقهاء أَمْنَاءُ الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله
وما دخولهم في الدنيا؟ قال: اتَّباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على
دينكم».

تقريب الاستدلال بذلك: أَنَّ الْأَمِينَ مَنْ قُوِّضَ إِلَيْهِ حِفْظُ مَا كَانَ لِلْمُؤْمِنِ،
وقضية حذف المتعلق عمومها للولاية، ومعنى حفظ العالم للولاية إعمالها، كما
أَنَّ إفسادها ترك العمل بها، ولا نغني من ولاية العلماء إِلَّا هذا المعنى.
وفيه: ما مرَّ في الجواب عن الرواية الأولى؛ إذ قوله: «فاحذروهم على

دينكم» يصلح قرينة على كون المراد من متعلق الأمانة هو خصوص الدين والأحكام الشرعية، فلا يعمّ الولاية.

قوله: وقوله عليه السلام: «مجاري الأمور».

أقول: هذا بعض ما رواه مرسلاً في تحف العقول عن سيّد الشهداء عليه آلاف التحية والثناء، ولا بأس بنقل الخبر مع طوله؛ لتوقّف الخدشة في دلالة على الاطلاع على بعض فقراته.

قال في الكتاب المزبور: وروي عن الإمام التقي السبط الشهيد أبي عبدالله الحسين بن علي عليه السلام في طوال هذه المعاني من كلامه عليه السلام في الأمر بالمعروف - ويروى عن أمير المؤمنين عليه السلام -: «اعتبروا أيّها الناس بما وعظ الله به أوليائه من سوء ثنائه على الأخبار إذ يقول: ﴿لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَخْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ﴾^(١)، وقال: ﴿لَعَنَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾ إلى قوله: ﴿لَبِئْسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾^(٢).

وإنّما عاب الله ذلك عليهم؛ لأنّهم كانوا يرون من الظلمة الذين بين أظهرهم المنكر والفساد فلا ينهونهم عن ذلك؛ رغبة فيما كانوا ينالون منهم ورهبة ممّا يحذرون والله يقول: ﴿فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْنِي﴾^(٣) وقال: ﴿الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٤) فبدأ الله بالأمر بالمعروف وانتهى عن المنكر فريضة منه لعلّهم بأنّها إذا أدّيت وأقيمت استقامت الفرائض كلّها هيّتها وصعبها؛ وذلك أنّ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دعاء إلى الإسلام مع ردّ المظالم ومخالفة الظّالم،

(١) المائدة: ٦٣.

(٢) المائدة: ٧٨ - ٧٩.

(٣) المائدة: ٤٤.

(٤) التوبة: ٧١.

وقسمة الفیء والغنائم، وأخذ الصدقات من مواضعها ووضعها في حقها. ثم أنتم أيّتها العصابة، عصابة بالعلم مشهورة، وبالخير مذكورة، وبالنصيحة معروفة، وبالله في أنفس الناس مهابة، يهابكم الشريف، ويكرمكم الضعيف، ويؤثركم من لا فضل لكم عليه ولا يدلّكم عنده، تشفعون في الحوائج إذا امتنعت من طلبها، وتمشون في الطريق بهيئة الملوك وكرامة الأكابر، أليس كلّ ذلك إنّما نلتموه بما يرجى عندكم من القيام بحق الله، وإن كنتم عن أكثر حقه تقصّرون؟

فاستخففتكم بحق الأئمة، فأما حقّ الضعفاء فضيّعتم، وأما حقّكم بزعمكم فطلبتهم، فلا مالاً بذلتموه، ولا نفساً خاطرتهم بها للذي خلقها، ولا عشيرة عاديتموها في ذات الله.

أنتم تتمنون على الله جنّته ومجاورة رسله وأماناً من عذابه، لقد خشيت عليكم - أيّها المتمنيون على الله تعالى - أن تحلّ بكم نقمة من نقماته؛ لأنّكم بلغت من كرامة الله منزلة فضّلتكم بها، ومن يعرف بالله لا تكرمون، وأنتم في عباد الله تكرمون، وقد ترون عهود الله منقوضة فلا تفزعون، وأنتم لبعض ذمم آبائكم تفزعون وذمة رسول الله ﷺ محقّرة، والعمى والبكم والزّمن في المدائن مهملة لا ترحمون، ولا في منزلتكم تعملون، ولا من عمل فيها تعينون، وبالإدهان وبالمصانعة عند الظلمة تأمنون، كلّ ذلك ممّا أمركم به من النهي والتناهي وأنتم عنه غافلون.

وأنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء، ولو كنتم تسعون ذلك بأنّ مجاري الأمور والأحكام على أيدي العلماء بالله والأمناء على حلاله وحرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سلبتم ذلك إلّا بتفريقكم عن الحقّ، واختلافكم في السنّة بعد البيّنة الواضحة، ولو صبرتم على الأذى وتحملتم المؤنة في ذات الله كانت أمور الله عليكم تردّ، وعنكم تصدر، وإليكم

ترجع، ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، وأسلمتم أمور الله في أيديهم، يعملون بالشبهات، ويسيرون في الشهوات، سلطهم على ذلك فراركم من الموت وإعجابكم بالحياة التي هي مفارقتكم، فأسلمتم الضعفاء في أيديهم، فمن بين مستبعدٍ مقهورٍ، وبين مستضعفٍ على معيشةٍ مغلوبٍ، يتقلبون في الملك بأدائهم، ويستشعرون الخزي بأهوائهم؛ اقتداءً بالأشرار، وجرأةً على الجبار، في كل بلد منهم على منبره خطيب يسقع، فالأرض لهم شاغرة وأيديهم فيها مبسوطة.

والناس لهم حول لا يدفعون يد لا مس، فمن بين جبارٍ عنيد، وذو سطوة على الضعفة شديد، مطاع لا يعرف المبدئ المعيد. .
فيا عجباً! ومالي لا أعجب والأرض من غاشٍ غشوم، ومتصدق ظلوم، وعامل على المؤمنين غير رحيم؟ فالله الحاكم فيما فيه تنازعنا والقاضي بحكمه فيما شجر بيننا.

اللهم إني أعلم أنه لم يكن ما كان منّا طمعاً في سلطان، ولا التماساً من فضول الحطام، ولكن لثري المعالم من دينك، ونظهر الإصلاح في بلادك، ويأمن المظلومون من عبادك، ويعمل بفرائضك وسننك وأحكامك، فإنكم إن لا تنصرونا وتنصفونا قوي الظلمة عليكم وعملوا في إطفاء نور نبيكم.

وحسبنا الله وعليه توكلنا وإليه أنبنا وإليه المصير». انتهى ما في التحف، ونقل في الوافي مقداراً من هذا الخبر عن ابن شعبة في كتاب الأمر بالمعروف. أقول: يمكن الإشكال في الاستدلال بذلك - بعد الإغماض عن احتمال كون عطف «الأحكام» على «الأمر» الغير البعيد في نفسه، المؤيد بسلامته عن تخصيص الأكثر - بأن المراد من العلماء هنا الأئمة عليهم السلام، كما فيما ورد عنهم عليهم السلام: «نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون، وسائر الناس غثاء»؛ وذلك لأن الظاهر أن «مجاري» جمع مجرى اسم مكان، لا مصدر ميمي، يعني محال

جريان الأمور والأحكام، والمراد منها: المصالح والمفاسد والمدارك الناشئة والجارية منها الأحكام جريان الماء من المنبع، ومن المعلوم أنها بيدهم عليهم السلام بمعنى أنها لا يعرفها غيرهم أصلاً، نعم لو كانت العبارة أن الأمور بيد العلماء، أو مجاري الأمور يد العلماء، لكان ظاهراً في العموم، وليست كذلك.

وبالجملة: فرق بين العبارة المذكورة وبين ما في الخبر من قوله «مَجاري الأمور بيد العلماء» كما نقله في المتن، أو «على أيدي العلماء» كما في التحف. هذا، مع قطع النظر عن سائر الفقرات، وأما مع النظر إليها فينبغي الجزم بما ذكرنا؛ إذ منها ما هو صريح في اختصاص العلماء بمن غصب حقه لتفرّق الناس عن الحق واختلافهم في السّنة بعد تمام الحجّة ووضوح البيّنة، ومن المعلوم اختصاصه بالأئمة وذلك مثل قوله: «أنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء»، وقوله: «فالله الحاكم فيما فيه تنازعنا»؛ لأنّ تنازعهم كان في المنزلة المغلوبة للعلماء، فلا بدّ أن يكون المراد منها الخلافة؛ لأنّها المتنازع فيها بينهم وبين أعدائهم، فيكون المراد من العلماء أنفسهم، وقوله: «اللهم إنك» وغير ذلك ممّا لا يخفي على المتدبّر في الخبر.

قوله: وقوله عليه السلام: «علماء أمتي كأنبيا بني إسرائيل».

أقول: فيه أنّ عموم وجه الشبه لمثل الولاية غير معلوم، بل الظاهر أنّ المراد منه خصوص الفضيلة والكرامة عنده تعالى كما يؤيّده، بل يدلّ عليه قوله عليه السلام: «علماء أمتي أفضل من أنبياء بني إسرائيل» وقد عثرت عليه في مسألة تقليد الميّت من تقارير درس العلامة الأنصاري، وما رأيته في كتاب آخر من كتب الأخبار والاستدلال، وجه التأييد أو الدلالة أنّهما في مساق واحد، ومعلوم أنّ الفضيلة لا تلازم الولاية.

ومن هنا ظهر الحال في المرويّ في الرّضوي وفي جميع ما دلّ على الفضل أو الأفضلية مثل: «فضل العالم على العابد كفضلي على سائر الناس» أو

«كفضل القمر على سائر الكواكب» أو غير ذلك من التعبيرات.

قوله: وقوله ﷺ في نهج البلاغة: «أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما

٤/١٥٤

جاؤوا به».

أقول: وفيه أن الاستدلال بذلك موقوف على كون الكبرى لذلك: أن كل من كان كذلك فله كل ما كان للأنبياء، وهو ممنوع؛ إذ غاية ما يستفاد منه أن كل من كان كذلك فهو أفضل من غيره، فيكون من جملة ما دلّ على فضيلة العالم، وقد مرّ الكلام فيه.

هذا، مع أن الأظهر من الأعلمية: الأعلمية المطلقة وبالنقياس إلى جميع من عداه ولو في خصوص عصره، لا الأعلمية في الجملة ولو بالنسبة إلى شخص واحد، فيختصّ بأوصيائهم؛ إذ ليس في العلماء من يكون أعلم من جميع أهل زمانه؛ ضرورة وجود الإمام في كل عصر، فيكون المراد من أولوية الأعلّم بالأنبياء: أولويته بالخلافة منهم.

هذا بناء على كون النسخة: «أعلمهم»، وأما بناء على كونها: «أعلمهم» -بتقديم الميم على اللام كما في مجموعة ورام على ما هو ببالي وجكاه في البحار، حيث إنه ﷺ بعد نقل الحديث كما في المتن قال: بيان: وفي بعض النسخ «أعلمهم» وهو أظهر. انتهى - فهو أجنبى عن محلّ الكلام بالمرّة؛ ولعلّ نظره في وجه الأظهرية إلى الاستشهاد بالآية؛ حيث إنّ الظاهر من التبعية فيها هو التبعية في العمل بالجائحة والجارحة.

٥/١٥٤

قوله: وقوله ﷺ ثلاثاً: «اللهم ارحم خلفائي».

أقول: رواه في قضاء الوسائل عن الصدوق بإسناده عن أبان بن عثمان أن أبا عبد الله ﷺ قال له: «إنّ أبان بن تغلب روى عني رواية كثيرة، فما رواه عني فاروه عني، قال: وقال أمير المؤمنين ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم...» إلى آخر ما ذكره.

وفي الاستدلال به أيضاً نظر؛ لأنّه وإن كان لا يحتمل فيه اختصاص المراد من الخلفاء بالأئمة عليهم السلام كما يحتمل ذلك في العلماء والفقهاء في الأخبار المتقدمة؛ لاستلزامه خروج المورد؛ لأنّه عليه السلام قد ذكر هذا الكلام للاستشهاد على أنّ أبان بن تغلب من خلفائه، إلّا أنّه موقوف على ثبوت الإطلاق من حيث متعلّق الخلافة، وهو ممنوع؛ إذ تمام النظر فيه إلى بيان أنّ الخلفاء هم الرواة، ولا نظر فيه إلى بيان ما فيه الخلافة، فيؤخذ بالقدر المتيقّن وهو تبليغ الأحكام، ويشهد له صدر الرواية كما لا يخفى.

٦٠٥/١٥٤ قوله: وقوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة: «قد جعلته عليكم حاكماً» وفي مشهورة أبي خديجة: «جعلته عليكم قاضياً».

أقول: ذكرهما في الوسائل في كتاب القضاء في باب وجوب الرجوع في القضاء والفتوى إلى رواية الحديث.

ويتّجه الخدشة في الاستدلال بهما على ولاية الفقيه بأنّ المتيقّن من أمثالهما بعد ملاحظة صدرها نصبه عليه السلام الفقيه لخصوص القضاء وقطع التخاصم؛ اللهم إلّا أن يدعى أنّ جميع أنحاء الولايات داخلية في مفهوم الحاكم والقاضي، فإعطاء منصب القضاة للفقيه في مورد فصل الخصومات يوجب إعطاء جميع أنحاء الولاية له، إلّا أنّه مشكل جداً سيما في لفظ القاضي؛ لأنّه -على ما حقّقناه في جامع الدلالات في القضاء والشهادات- ليس كما يظهر من القوم من كونه من المشترك اللفظي، بل هو موضوع لمعنى جامع لشتات جميع ما قيل بوضعه له من المعاني، وهو إنهاء الأمر وإيصاله إلى غايته، وأنّ إطلاقه على من له ولاية فصل الخصومة إنّما هو بلحاظ إنهاء الخصومة وختمه، وأنّ تعريفه في كلمات جماعة بالولاية الشرعية على الحكم وعلى المصالح العامة ممّا لا داعي إليه، بل ينافيه قولهم بوجوب القضاء كفاية أو عيناً على اختلاف الحالات؛ لأنّ الولاية ليست من قبيل الأفعال، فلا يتّصف بالوجوب وغيره من الأحكام.

وكذلك الكلام في لفظ «الحاكم» فإنه من الحكم، وهو - كما بيّناه في كتابنا المذكور - عبارة عن إخراج متعلّقه عن التردّد والاحتمال، ومن الواضح أنّ هذين المفهومين لم يؤخذ فيهما نحو من أنحاء الولاية فضلاً عن جميعها، فتدبّر جيّداً.

أو يدعى أنّ الولاية وإن لم تدخل في مفهومها إلا أنّ بعض الولايات - كولاية الحكم في غير مورد التخاصم كما في الهلال، والولاية على القصر والأوقاف - من شؤون القاضي ومن له الحكم في الخصومات، ويكشف عن ذلك ثبوت هذه الولايات لقضاة الجور بزعمهم الفاسد وتصديهم له، وأنّها من شؤون القضاة عندهم، كما لعلّه يفصح عن ذلك خبر محمد بن إسماعيل - الآتي ذكره في المتن في ذيل البحث عن ولاية عدول المؤمنين -: «قد مات رجل من أصحابنا ولم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة، فصيّر عبد الحميد القيم بماله... الخبر»، حيث إنّ يدلّ على أنّ نصب القيم على مال اليتيم شغل القاضي، فإذا نصب الإمام الفقيه قاضياً يثبت له جميع شؤون القضاة التي منها ما ذكر، وكون مورد أدلة النصب هو التنازع لا ينافي ذلك؛ إذ مجرد ذلك لا يوجب رفع اليد عن ظهور جعله قاضياً في ذلك.

ويؤيّد أنّ الإمام عليه السلام في مقام ردع الشيعة عن التحاكم إليهم وجعل راوي أحاديثهم والعارف بأحكامهم قاضياً في مقابلهم، وقضيّة المقابلة أن يكون مثل القاضي المنسوب من قبل سلطان الجور في جميع ماله من الشؤون والوظائف، مع أنّ الحكمة في النصب إنّما هو رفع احتياج الشيعة إلى قضاة الجور، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكر.

والحاصل: أنّ كلّ ما كان من شؤون قضاة الجور، فهو ثابت للفقهاء في زمان الغيبة، والظاهر أنّ الولايات الثلاث المذكورة وظيفّة قاضي الجور كما هو المشاهد في عصرنا فتكون للفقهاء أيضاً، وأمّا سائر الولايات والمناصب،

فالمرجع في تعيين أنّها من وظائف قضاتهم حتى يكون لقضائنا أيضاً أم لا، هو الرجوع إليهم وتتبع السير والتواريخ.

ويمكن الخدشة في هذه الدعوى بأنّها وإن كانت من شؤون القاضي عند العامة بلا كلام فيه، إلّا أن الكلام في وجه ذلك.

فإن كان من جهة دخولها في مفهومه، ففيه: أنّ مرجعه إلى الدعوى الأولى وقد مرّ الكلام فيه.

وإن كان من جهة كونها من لوازم مفهوم القضاء وإنهاء أمر الخصومة عقلاً أو عادة، ففيه: منع واضح للقطع بعدم الملازمة بينهما كذلك.

وإن كان من جهة جعل الجاعل وإعطائه هذه الولايات لمن جعل له ولاية القضاء، ففيه: أنّه أمر ممكن إلّا أنّه لا بدّ في الحكم بوقوعه في الشرع من دليل يدلّ عليه، وهو منتفٍ؛ ضرورة أنّ دليل نصب القاضي لا يدلّ إلّا على إعطاء منصب القضاء، وقد مرّ أنّه لا ملازمة بينه وبين سائر المناصب والولايات كي يدلّ عليه بالالتزام، ومجرّد ثبوت شؤون آخر لمن له القضاة بواسطة جعل سلاطينهم لا يوجب ثبوتها لقاضي الإمام عليه السلام بواسطة جعله، والمقابلة بين الأمرين إنّما تقتضي المساواة بينهما فيما كانت المقابلة فيه لا مطلقاً، وهو في المقام في أحد المتقابلين أعني قاضي الجور جهة القضاة خاصّة لا هي بتمام شؤونها، ولا أقلّ من الشك، وهو كافٍ.

ومن هنا ظهر الحال في مسألة الحكمة؛ فإنّها رفع الاحتياج إليهم في جهة القضاء فقط؛ لعدم احتياجهم إليهم في سائر الجهات مثل الولايات الثلاث المتقدّم ذكرها؛ لثبوتها لكل واحد من عدول المؤمنين.

فقد تحصّل من جميع ما ذكرنا هنا وفي الحواشي المتقدّمة أنّه لا دليل على ولاية الفقيه على الوجه الأوّل في شيء إلّا القضاء، فتدبّر.

الكلام في ولاية
الفقيه بالمعنى
الثاني ٣: ٥٥٣

الضابطة لما
يجب استئذان
الفقيه فيه
٣ : ٥٥٤

١٣/١٥٤

قوله: كالضابط لها.

أقول: يعني لولايته على الوجه الثاني.

١٥/١٥٤

قوله: وإن لم يعلم ذلك واحتمل.

أقول: سياق هذا الكلام يقتضي التعرض لصورة العلم باشتراط نظر الإمام عليه السلام في وجود ما علم بإرادة وجوده بأن يقول: كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده مطلقاً غير مشروط بنظر الإمام عليه السلام، أو مشروط بنظره عليه السلام في وجوده أو وجوبه فلا إشكال في شيء من ذلك، فكل مكلف بذاك التكليف سواء كان شخصاً خاصاً أو صنفاً خاصاً، أو كل من يقدر عليه يجب عليه إقامة ذاك المعروف في الصورة الأولى من دون لزوم الرجوع إلى الإمام عليه السلام، وفي الثانية بالرجوع إليه عليه السلام، ولا يجب عليه ذلك في الصورة الثالثة إلا بعد حصول شرطه وهو نظر الفقيه، وإن لم يعلم ذلك واحتمل اعتبار نظر الفقيه إما في صحته ووجوده، وإما في وجوبه، فإن كان هناك إطلاق أو عموم يزيل الشك فهو المرجع، وإلا ففي كل واحد منهما صورتان؛ لأن ذاك المعروف إما أن يكون من الأمور الوضعية مثل البيع والشراء، وإما أن يكون من غيرها كالصلاة على الميت، فمع الشك في اعتبار نظره في الصحة والوجود يجب الرجوع إليه في الصورة الأولى؛ لأصالة عدم ترتب الأثر بدونه بعد العلم بوجوبه مطلقاً دون الصورة الثانية لأصالة البراءة عن المشكوك في الشك في الأجزاء والشرائط على التحقيق، ومنه المقام، ومع الشك في اعتباره في الوجوب فلا ريب في عدم الوجوب لأصالة البراءة.

وإن أراد إقامته، ففي الصورة الأولى يجوز له ذلك تكليفاً وإن احتمل حرمة كذلك لأصالة الإباحة ويجب الرجوع إليه وضعاً لما مر من أصالة عدم ترتب الأثر.

وأما في الصورة الثانية، فإن كان من قبيل العبادة المحتاجة إلى القربة

فإن أتاه بعنوان الرجاء يجوز للأصل، وإلا يحرم لأجل التشريع، وإن كان من غيرها فيجوز للأصل.

وكيف كان، فقد ظهر أن ما ذكره من وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام فيما إذا شك في اعتبار إذنه في وجود المعروف ليس على إطلاقه، بل مراده خصوص ما إذا كان المعروف من الأمور الوضعية وأراد القيام به؛ إذ قد عرفت أن قضية أصالة الإباحة والبراءة عدم وجوب الرجوع إليه لو كان من غير الوضعيات.

وعلى أي حال، فالضابط فيما يجب على الغير فيه الرجوع إلى الإمام عليه السلام هو كل معروف يريد الشارع وجوده في الخارج، مع العلم بكون نظره عليه السلام شرطاً في وجوده وترتب الأثر عليه أو الشك فيه، ولا يخفى أن مجرد هذا لا يكفي في وجوب الرجوع فيه إلى الفقيه في زمان الغيبة، بل لابد فيه من ضمنية وهو إحراز أن إذن الإمام الذي هو شرط فيه علماً أو احتمالاً أعم من إذنه عليه السلام وإذن نائبه الخاص أو العام، أعني الفقيه؛ إذ مع احتمال كون المراد إذنه عليه السلام أو إذن نائبه الخاص يعلم ولو بالأصل؛ لعدم التمكن من إيجاده صحيحاً في زمن الغيبة حتى يقع الكلام في اشتراطه بإذن الفقيه.

وإلى هذه الضمنية أشار بقوله: «ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز تولّيه»، والأولى أن يقول: ثم إن علم الفقيه واستنبط من الأدلة عدم إناطته بنظر الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص وكفاية نظر نائبه العام أيضاً وجب فيه الرجوع إلى الفقيه، وإلا بل احتمال شرطية خصوص إذنه عليه السلام أو نائبه الخاص، فيعطل ذاك المعروف؛ لعدم التمكن من إيجاده على الوجه الصحيح؛ لعدم التمكن من تحصيل شرطه، فبسقط وجوبه لو كان واجباً مع التمكن منه.

وجه الأولوية أن البحث في بيان الضابط فيما يجب على الغير الرجوع فيه إلى الفقيه، لا فيما يتولاه الفقيه وجوباً أو جوازاً مباشرة أو استنباطاً؛ لأن

الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الثاني، وتولي نفس الفقيه من الولاية بالمعنى الأول وان كان هذا أيضاً راجعاً إلى اجتهاده من الأدلة.
قوله: أو وجوبه بنظر الفقيه.

أقول: الصواب أن يقول: بنظر الإمام عليه السلام.

١٨/١٥٤

قوله: أو من وجوده من موجد خاص.

أقول: الصواب أن يقول بدل هذا أو بنحو خاص؛ إذ المفروض في السابق احتمال اعتبار نظر الفقيه في وجوده، ومن البديهي أن مقابله احتمال عدم اعتباره فيه، ولازمه كون المطلق وجوده مطلقاً، فحينئذ يكون مرجع ذاك الشك المفروض في السابق إلى الشك في أن المطلوب وجوده من المكلف به مطلقاً غير مشروط بنظره، أو بنحو خاص لا يكون مطلوباً ومشروعاً بغير ذاك النحو وهو كونه بنظره، لا ما ذكره عليه السلام، فإن مقتضاه أن يكون المحتمل في السابق كون المطلوب منه خصوص الإمام عليه السلام بحيث يكون الشك في نحو المكلف هل هو خصوص الإمام عليه السلام أو كل أحد على البدل؟

قوله: أمّا وجوب الرجوع.

أقول: لما ذكر بقوله: ثم إن علم إلى آخره أنه لا بدّ فيما يجب فيه الرجوع إلى الفقيه عدم كونه منوطاً بنظر الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص وكفاية نظر نائبه العام أيضاً، تعرّض بهذا الكلام إلى بيان ما قام الدليل إلى عدم إنابته بنظر خصوص الإمام عليه السلام أو نائبه الخاص ممّا يجب فيه الرجوع إليه عليه السلام وبين أن الأمور المذكورة، أعني: ما يرجع فيه كلّ قوم إلى رئيسهم من هذا القبيل؛ إذ دلّ التوقيع مضافاً إلى المقبولة وقوله: «مجاري الأمور... إلى آخره» على وجوب الرجوع فيها إلى الفقيه، فيدلّ بالملازمة بعدم اعتبار خصوص عليه السلام أو نائبه الخاص وإنّ المعتبر أعظم منه ومن إذن الفقيه.

قوله: في الأمور المذكورة.

ما يدلّ على
وجوب
استئذان الفقيه
في الأمور
المذكورة ٣: ٥٥٤

أقول: يعني الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم.
قوله: كما في مقبولة ابن حنظلة.

أقول: قد عرفت في السابق عدم دلالتها على أزيد من إعطاء منصب
القضاة للفقيه مع عدم دليل شرعي على كون ولاية أخرى من شؤون القضاة
ولوازمها، فراجع.

قوله: في إلزام الناس. ١٩/١٥٤

أقول: الجار متعلق بالشبيه المدلول عليه بالكاف في قوله «كسائر
الحكام»، وهو من إضافة المصدر إلى المفعول، يعني: إلزام الشارع الناس.

قوله: التوقيع المروي. ٢١/١٥٤

أقول: بالرفع على الفاعلية لـ «يدل».

السلام في
التوقيع إلى
إسحاق بن
يعقوب
٣: ٥٥٥-٥٥٦

وكيف كان، فقد مرّ الإشكال في دلالة على المطلوب بأنّه من المحتمل
قويّاً أن يكون اللّام في «الحوادث» للعهد على الحوادث التي سأل إسحاق عن
حكمها، إفادته للعموم تتبع إرادة العموم منه في السؤال، وهي غير معلومة؛ إذ
ليست عبارة السؤال بأيدينا، فلعلّها مختصة ببعض الحوادث بأن كان السؤال
عن حوادث مخصوصة قد تعرّض لها في السؤال.

وبالجملة: يحتمل أن يكون المراد هو الأمر بتعلّم الأحكام من الفقيه،
كما يؤيّده - بل يدلّ عليه - أنّه المنساق إلى الأذهان من عنوان الحديث برواية
الحديث وختمه بأنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله تعالى؛ إذ الظاهر من ذلك أنّ
قيامهم مقامه - عليه السلام وروحي له الفداء - إنّما هو في الحجّة وتوسّطهم
بينه وبين الله تعالى، وبين من انقطع عن درك فيض حضوره عليه السلام، كما أنّه عليه السلام واسطة بينهم
وبين الله تعالى، ومن الظاهر أنّ توسّطه عليه السلام بين الله وبينهم إنّما هو في بيان
الأحكام ونشر الحلال والحرام، فليكن توسّطهم بينه وبين الناس أيضاً في
ذلك.

قوله: منها: إنّ الظاهر.
 أقول: فيه: أنّه إنّما يتمّ لو كان التعبير بقوله: فارجعوها، من باب الأفعال
 لا بما في المتن من المجرد، فإنّ الظاهر منه الرجوع في حكمها كما لا يخفى،
 فتأمل.

قوله: ومنها: أنّ وجوب الرجوع.
 أقول: فيه: أنّ إسحاق بن يعقوب لم يذكر في كتب الرجال بوثاقة ولا فقه
 ولا جلالة، فلا بعد في خفاء ما ذكر عليه كما خفي عليه حرمة الفقاع إلى زمان
 الغيبة، وكذلك خفي عليه قتل سيّد الشهداء عليه السلام وأنّ بني أميّة لعنهم الله قد قتلوه
 حقيقة لا أنّه شبه لهم، حيث أنّه سأل عن الحجّة عليه السلام عن ذلك كما يعلم من
 جوابه عليه السلام في التوقيع.

قوله: ثمّ إنّ النسبة.
 أقول: الغرض من هذا دفع توهم أنّ مقتضى الأدلّة المذكورة، وإن كان
 وجوب الرجوع إلى الفقيه فيما ذكر، إلّا أنّها معارضة بالعمومات الظاهرة.
 قوله: وإن كانت عموماً من وجه.

أقول: لأنّ التوقيع خاصّ من جهة اعتبار الحدوث في موضوعه، وعامّ
 من جهة عدم اعتبار المعروفيّة فيه، والعمومات الآخر بالعكس.

قوله: إلّا أنّ الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها.

أقول: الوجه في ذلك بناء على دلالة على ولاية الفقيه بمعنى ثبوت حقّ
 له في مورد الولاية مانع عن تصرّف الغير إلّا بإذنه؛ لأنّ ثبوتها له بهذا المعنى
 للحاكم يقتضي خروج تصرّف غيره فيه عن اسم الإحسان والإعانة، أو عن
 رجحانه الثابت فيه؛ إذ الإحسان والعون إنّما يحسنان عقلاً ونقلاً فيما إذا لم
 يزاحمهما حقّ ذي حقّ بأن ينافيا سلطنة شخص آخر، وإلّا فلا شبهة في
 قبحهما وإن لم نقل بخروجهما عن اسمهما حينئذٍ، ومن هنا لا يجوز المداخلة

النسبة بين
 التوقيع
 وعمومات الإذن
 في المعروف
 لكلّ أحد ٣: ٥٥٦

والتصرّف في أمور الكبير وولده الصغير لمنافاته سلطنة الشخص على النفس في الأوّل، وعلى ولده الصغير في الثاني.

والحاصل: أنّ عون الضعيف صدقة ونحوها من أدلّة حسن الإحسان والإعانة على البرّ والتقوى، مقيد عقلاً ونقلاً بعدم مزاحمة حقّ الغير، فبالتوقيع ونحوه يثبت حقّ للحاكم في مورد الولاية، فيرتفع به قيد الموضوع في أدلّة حسن العون، وهو عدم مزاحمة حقّ الغير، وينقلب إلى نقيضه وهو مزاحمة حقّ الحاكم.

هذا، ولكن يتّجه على ذلك أنّه وإن كان حاكماً عليها إلّا أنّه ونحوه محكوم بدليل نفي السبيل على المحسنين نحو حكومته على أدلّة سائر الأحكام المترتبة على الموضوعات العرفيّة، فيقال: إنّ من يريد التصرّف في مال اليتيم بالحفظ وإصلاح أموره مثلاً فهو مرید للإحسان، ومنع الحاكم له، وإرجاع الأمر إلى نفسه سبيل عليه، فيبقى بدليل نفي السبيل على المحسن، كما يقال: إنّ وضع اليد على عتبة الغير الواقع في المهلكة لإنجائه عنها لو ضمنه بعد التلف في يده كان عليه السبيل المنفيّ، مع أنّ النسبة بينه وبين حديث «على اليد» عموم من وجه، فكما يرفع اليد به عن عموم «حديث اليد» في مورد إثبات اليد بقصد الإحسان، فكذا يرفع اليد به عن عموم أو إطلاق أدلّة الولاية في مورد قصد الإحسان، ويحكم بعدم ثبوت الولاية فيه للفقيه بالمعنى المذكور.

ولا ينتقض ما ذكرنا بعدم جواز المداخلة في أمور العاقل والتصرّف في شأنه، والتصرّف في أمواله بقصد الإصلاح، وإيصال النفع مع كونه إحساناً. وجه عدم الانتقاض ما ذكرنا من منع كونه إحساناً، أو كونه راجحاً مع مزاحمة حقّ ذي الحقّ كما في موارد النقض؛ للإجماع والضرورة على اختيار الناس في أمورهم وأحقّيتهم بها من غيرهم، فمع أهليتهم للتصرّف يكون

تصرّف الأجنبيّ فيها - ولو بقصد الإحسان - هتكاً لحرمتهم وتضييعاً لحقّهم، فلا يعدّ إحساناً بل يكون ظلماً؛ وأمّا مع عدم الاهليّة للتصرّف، فتصرّف الغير فيها إحسان محض لا يشوبه شيء من الجهات المقبّحة إلّا توهم كونه تضييعاً لحقّ الحاكم، وهو مبنيّ على ثبوت الولاية له بالمعنى المذكور، ولا شيء يشبّتها إلّا أدلّة الولاية، وهو محكوم بآية نفي السبيل على المحسن، فلا ولاية له بذلك المعنى، فيجوز لكلّ أحد التصدّي للأموال الحسبية بدون اشتراطه بإذن الفقيه، بل مع منعه أيضاً، إلّا أن يقال بوجوب متابعة نظر الفقيه في المصالح الشرعيّة المتقدّمة في نفسه المتعلّقة بالأموال السياسيّة مثل الإمام عليه السلام نظير مذهب العامّة من وجوب اتّباع نظر المجتهد المُستند إلى المصالح المرسلة.

ومن هنا أمكن القول بحرمة ردّ الحكّام فيما يأمر به وإن كان متعلّقاً بغير أمر الصغير والمجنون فيما إذا وجد فيما يؤمر به غرض شرعي، ولكنّه أمر يحتاج إلى دليل دون إثباته خرط القتاد.

وقد يورد على ما ذكرنا من حكومة دليل نفي السبيل بأنّه من العمومات الموهونة، لكثرة ورود التخصيص عليها، فلا يجوز التمسك بها، وفيه منع الصغرى، فتأمّل.

قوله: وعلى أيّ تقدير فقد ظهر ممّا ذكرنا. ٣٤/١٥٤

أقول: نظره في الوصول إلى ما ذكره في تقريب دلالة المقبولة من قوله: «الظاهر في كونه كسائر الحكّام»؛ حيث إنّ الظاهر منه أنّ مورد دلالتّه على وجوب الرجوع إلى الفقيه هو الأمور العامّة المطلوبة للسلطان، الناصب له حاكماً، وهو الشارع؛ ومن قوله في تقريب دلالة التوقيع: «فإنّ المراد بالحوادث مطلق الأمور التي لا بدّ من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس»، فإنّ المراد منها الأمور المطلوبة للرئيس؛ وذلك من جهة أنّه يُنكر قال في الصفحة السابقة في ذيل قوله: «وأمّا بالمعنى الثاني إلّا أنّه ورد أخبار خاصّة بوجوب

محدودية
مدلول الأدلّة
٣ : ٥٥٧

الرجوع إليهم وعدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع الغير المأخوذة على شخص معين من الرعيّة» وجعل التوقيع الدالّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواية الحديث من أدلة ذلك، فيدلّ على أنّ المراد من «الأمر» هنا هو الأمور المطلوبة للرئيس، وهو هنا الشارع، والمطلوبية لا ينفكّ عن المشروعية، وهذا بخلاف المعروفة أي الحسن والإحسان، فهي أعمّ من وجه من المشروعية، فتوهم أنّه لم يظهر ذلك ممّا ذكره في السابق ناشٍ من عدم التأمل في مزايا كلامه عليه السلام.

كما أنّ توهم أنّ اعترافه بكون النسبة بين التوقيع وبين مثل «كلّ معروف صدقة» عموماً من وجه، ظاهر في عدم اعتبار المشروعية فيما للفقيه ولاية فيه، وإلاّ لما كانت النسبة عموماً من وجه ناشٍ من عدم الفرق بين المعروف والمشروع، فتأمل جيّداً.

٧/١٥٥ قوله: سنداً أو مضموناً.

التمسك برواية
«السلطان ولي
من لا ولي له»
ومناقشتها
٥٥٩-٥٥٨: ٣

أقول: منشأ التردد هو الشكّ في أنّ المتداول في الألسنة متن الرواية، ونقلت باللفظ أو مضمونها ونقلت بالمعنى.

٨-٧/١٥٥ قوله: يحتاج إلى عموم أدلة النيابة.

أقول: لأنّ الظاهر من السلطان هو الإمام عليه السلام دون الفقيه بدعوى أنّ «اللام» فيه عوض عن المضاف إليه وهو الله تعالى، فيختصّ به عليه السلام، فيحتاج إساء الحكم إلى الفقيه إلى عموم النيابة لا مطلق من تسلّط على الناس ولو بخصوص الحقّ؛ كي يعمّ الفقيه بنفسه لو كان له تسلّط عليهم، فتدبر.

١٠/١٥٥ قوله: ليس مطلق من لا وليّ له.

المقصود من
«من لا ولي له»
٥٦٠-٥٥٩: ٣

أقول: ولو لم يكن من شأنه أن يكون لي وليّ حتى يشمل العاقل البالغ.
قوله: بحسب شخصه.

أقول: ليس لنا مورد يكون الولاية فيه على شخص الإنسان بحيث

لا يتعدى عنه إلى غيره.

ثم إنَّ قوله: «وقاطبة المسلمين» مثال للجنس، والظاهر أنَّ الصغير الذي مات أبوه مثال للصنف، والباقي أمثلة للنوع، فتأمل.

١٢/١٥٥

قوله: لكن يستفاد منه.

أقول: وجه الاستفادة: إضافة «الولي» إلى الموصول، بلحاظ أنَّ الإضافة هنا بمعنى اللام، وهي للانتفاع، ولكن فيه نظر؛ لعدم ثبوت كونها للانتفاع فيما لم تستعمل في قبالة «على» كما يشهد به كثرة استعمالها في موارد الضرر. وكيف كان، فالمقصود من ذلك بيان أنَّ مفاد هذه القضية أوسع من مفاد التوقيع، كما أنَّ المقصود من قوله: «نعم ليس له» بيان أنَّ التوقيع أوسع منها، فيكون النسبة بينهما عموماً من وجه: مادة الاجتماع: كون الحادثة مشروعة ومصلحة للمولَّى عليه، ومادة افتراق هذه عن التوقيع: كون الحادثة مصلحة له مع الشك في مشروعيتها مع قطع النظر عن هذه القضية، ومادة افتراق التوقيع: كون الحادثة غير مصلحة مع مشروعيتها.

١٧/١٥٥

قوله: هو السلطان.

أقول: مفعول ثانٍ لـ «جعل».

[• في ولاية عدول المؤمنين]

٢١/١٥٥

قوله: قال الشهيد في قواعده يجوز.

أقول: ذكره في القاعدة الخامسة والثمانين بعد المئة والحكمة في عبارته - بكسر الحاء - أي المشتمة على الحكمة والمصلحة.

٢٣/١٥٥

قوله: وجه الجواز ما ذكرنا.

أقول: يعني به عموم قوله عليه السلام: «كلَّ معروف صدقة» وكذا ما قبله.

ما أفاده الشهيد
في المقام
٥٦٢ : ٣

٣١/١٥٥ - ٣٢ قوله: وإلا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض.

تأييد كلام
الشهيد
وتوجيهه
٥٦٣ : ٣

أقول: يمكن المناقشة فيه بأنه مبني على كون المراد من المعروف: ما يذكره بعد ذلك من التصرف المأذون فيه من الشارع من غير جهة تلك الأدلة، وهو ممكن المنع، بل المراد منه: ما كان معروفاً بمعنى الحُسن عرفاً قبال المنكر والقبيح كذلك، لا بمعنى صرف ذي الصلاح، وهو متحقق في المقام فيكون من جملة ما يندرج تحت تلك الأدلة الدالة على الإذن في التصرف لكل أحد، فتنهض للتقييد.

ومن هذا يظهر فساد الاستشهاد ببيع الفضولي مع وجود المالك العاقل الرشيد وقيام المقام عليه؛ لأنه معروف بمعنى ذي الصلاح، وأما بمعنى الحسن فغير معروف، بل منكر وقبيح عند أهل العرف، ولعلّه إلى هذا أمر بالفهم في آخر العبارة.

اشتراط
العدالة
والدليل عليه
٥٦٤ : ٣ - ٥٦٥

٣٥/١٥٥ قوله: وهو مقتضى الأصل.

أقول: لكنّه محكوم بإطلاق مثل «كل معروف صدقة» بناء على ما مرّ من كون المعروف بمعنى الحسن عرفاً.

قوله: ويمكن أن يستدلّ عليه ببعض الأخبار أيضاً، ففي صحيحة محمد.

أقول: يمكن المناقشة في دلالته: أما صحيحة محمد فلاّن الظاهر منها هو إمضاء الإمام عليه السلام نصب القاضي فيما لو كان القيم مثل محمد بن إسماعيل ومثل عبد الحميد فيما كان لهما من الوصف الذي بناء المصنف عليه أنّه العدالة، وأنّ القيم المنسوب إذا كان مثلهما في العدالة فنصب القاضي له على القيمومة ماضٍ نافذ ولو لتسهيل الأمر على الشيعة، كما في تصرفات السلطان الجائر في الأراضي الخراجية، فلا يضعف قلبه من جهة أنّ قيامه فيها إنّما كان بأمر القاضي، فيدلّ على ولاية العادل لو كان المراد من المماثلة هو المماثلة في العدالة فيما إذا كان منصوباً من قبل القاضي لا بدون نصبه،

والمدعى هو الثاني، فتأمل.

وأما صحيحة إسماعيل فلأن الظاهر من قول السائل: «فان تولاه قاضٍ» وقوله في الجواب: «إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع» - أي مع قاض تراضوا به - أن المتولّي للبيع والمتصدّي له من قبل الصغار هو القاضي الذي تراضوا به، ومع ذلك لا تدلّ على اعتبار العدالة في المتصدّي من قبلهم إلا إذا كان العدل بمعنى العادل، ويكون المراد من قيامه فيه: تولّيه وتصدّيه له، ولا مجال لذلك؛ إذ مع فرض تولّي القاضي للبيع لا يخلو الحال عن أن يكون من جهة اعتبار تعدّد المتولّي أو من جهة بيان اعتبار العدالة في القاضي الذي تولّاه، وكلاهما باطل، أمّا الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فكذلك؛ إذ بناءً عليه ينبغي أن يقول: وكان عادلاً، فلا محيص عن كون المراد منه معناه المصدري، وهو القسط مقابل الظلم والجور، ومن القيام: الوجود والتحقق.

ولعلّه يؤيد هذا قوله: «في ذلك»؛ إذ المناسب للأوّل أن يقول: بذلك، بالباء، فلم يبق إلا الأصل وهو كما مرّ محكوم بإطلاق «كلّ معروف صدقة» بالتقريب الذي عرفته، نعم يجب تقييده بالأمانة ومراعاة صلاح اليتيم لأجل موثقة زرعة؛ لأنّ القدر المتيقّن من الثقة هو الأمين وغير الخائن.

قوله: أمّا المماثلة في التشيع. ٤/١٥٦

أقول: هنا احتمال آخر غير ما ذكره وهو المماثلة في الخبريّة، أي المعرفة بقيمة المتاع.

قوله: والاحتمال الثالث منافٍ. ٥/١٥٦

أقول: في العبارة ركازة، والمراد واضح وهو أنّ الاحتمال الثالث يوجب الالتزام بتخصيص المفهوم بصورة التمكّن من الفقيه بخلاف باقي الاحتمالات؛ لصحة إبقائه على عمومته بناءً عليها، فعند دوران الأمر بين الحمل على ما لا بدّ معه من التخصيص والحمل على ما لا يكون كذلك يتعيّن الثاني.

هذا، ولا يخفى أنه لا فرق في لزوم التخصيص بينه وبين غيره من الاحتمالات بناء على الفرض من كونه تصرفاً مطلوباً للشارع في جميع الأحوال، بحيث لو فرض تعذر من له الولاية قطعاً لو كان لوجب على غيره التصدي له كما في تجهيز الميت وغسله، ومجرد كون الخارج عليها أقل منه بناء عليه لا يصح ما ذكره من التفرقة.

ظاهر بعض
الروايات كفاية
الأمانة
٣ : ٥٦٥ - ٥٦٦

٨/١٥٦ قوله: وفي صحيحة علي بن رثاب.

أقول: لم أفهم وجه ظهورها في اعتبار العدالة؛ إذ غاية مدلولها جواز البيع والشراء لو كان المتولّي له القيم بأمر الصغار والوليّ عليهم، وأمّا أنه العادل أو الأمين فلا دلالة لها عليه بوجه فلا تعارض بينها وبين رواية محمد المتقدم بناء على إرادة المماثلة في العدالة، ورواية إسماعيل الآتية على فرض دلالتها على اعتبار العدالة فالأولى في الخدشة على الاستدلال على اعتبار العدالة في ولاية المؤمن بنفسه وبدون النصب كما هو المدعى هو ما ذكرنا.

١٢/١٥٦ - ١٣ قوله: لكن في صحيحة إسماعيل.

أقول: قد عرفت المناقشة في دلالتها على اشترائط عنوان العدالة.

١٢/١٥٦ قوله: بناء على أن المراد.

أقول: يعني بناء على أن المراد من «الثقة» في الموثقة من يوثق به، أي الأمين لا من له ملكة العدالة، وإلا فتدلّ على خلاف المقصود.

١٤/١٥٦ قوله: ولم يستخلفه الخليفة.

أقول: يعني الخليفة الحق.

١٩/١٥٦ قوله: لعموم أدلة فعل ذلك المعروف.

الظاهر عدم
اعتبار العدالة
في المباشرة
٣ : ٥٦٨

أقول: هذا منافي لما ذكره في السابق من أن المراد من المعروف: هو التصرف المأذون فيه من المالك أو العقل أو الشارع من غير جهة نفس هذه الأدلة؛ إذ بناء عليه يكون التمسك به مع الشك في جوازه شرعاً من غير جهة

هذه الأدلة من التمسك بالعام في الشبهة الموضوعية.

هذا، والتحقيق ما ذكرنا هنا من جواز التمسك بها لما عرفت من أن المراد من «المعروف» هو الحسن العرفي، قبال القبيح العرفي، لا بمعنى الحسن والجائز الشرعي ولا بمعنى ذي الصلاح والفائدة حتى يناقش بمسألة بيع الفضولي.

وكيف كان، فالمراد من قوله: «ولو بمثل قوله: عون الضعيف صدقة» هو المثال، فيعم قوله ^{عليه السلام}: «كل معروف صدقة» بل الذي يدل على المطلب من التصرف بالاستقلال قبال الشركة مع المالك هو هذا خاصة؛ لأن قوله: «عون الضعيف» بملاحظة مادة العون لا يدل على أزيد من جواز التصرف فيما إذا كان من ينبغي له التصرف مريداً للتصرف ولكن لا يقدر عليه بانفراده لضعفه عنه، فلا يعم المقام.

٢٠/١٥٦

قوله: بل موثقة زرعة.

أقول: يعني بناء على كون المراد من الثقة فيها من يوثق به كما صرح به فيما سبق.

قوله: وغير ذلك.

أقول: يعني به رواية الكاهلي الآتي ذكرها بعد صفحة ونصف تقريباً.

قوله: وصحيفة محمد بن إسماعيل السابقة.

أقول: لم يتعرض في هذا المقام لصحيفة إسماعيل؛ لأن مفادها على تقدير دلالتها على اعتبار العدالة في المتصدي إنما هو اعتبارها فيه في جواز الشراء منه وصحة فعل المشتري، لا في صحة فعل البائع وهو المقام الثاني؛ ولذا تعرض لها في ذاك المقام.

٢٢/١٥٦

قوله: ففي قبوله إشكال.

أقول: أقربه لعدم لآية النبأ الحاكمة على أصالة الصحة في قول الفاسق

وإخباره، لو سلّم عدم انصراف الأمر المأخوذ في موضوع أدلتها عنه، وإلا كما هو الظاهر ولا أقلّ من الشك، فلا مقتضى للقبول.

قوله: فالظاهر اشتراط العدالة.

أقول: بل الأمانة لموثقة زرعة، فإنّها القدر المتيقّن من معنى الثقة مع عدم دليل على اعتبار العدالة كما ستعرف.

قوله: بل يجب أخذ المال من يده.

أقول: الوجه في ذلك أنّ الواجب على الناس كفاية حفظ مال اليتيم عن معرض التلف، ومن جملة معارض التلف والهلاك كونه بيد الفاسق، ولا يعقل أن يكون الأمور بالحفظ عن خصوص هذه المعرضة للهلاك نفس الفاسق الذي بيده المال، فلا بدّ أن يكون غيره، فيجب على الغير أخذه منه، فإن كان فاسقاً فالكلام فيه كما في الفاسق المأخوذ منه وهكذا؛ فلا بدّ أن يكون عادلاً. وبالجمله: حفظ مال اليتيم عن معرض التلف واجب على الناس كفاية، لا يسقط إلّا بكون المال بيد من هو مأمون عن الاتلاف والتضييع وهو غير الفاسق نوعاً؛ إذ ربّ فاسق هو مأمون على ذلك، غايته إن قلت: قضية ما ذكرت اختصاص الوجوب بالعدل، وهو منافٍ لوجوبه كفاية على كلّ مكلف ومنه الفاسق.

قلت: الوجوب المختصّ به هو وجوب حفظه عن خصوص المعرضة للتلف من جهة كونه بيد الفاسق، والوجوب الكفائي المشترك فيه العادل والفاسق هو وجوب حفظه عن سائر معارض التلف، فاختلف المورد وارتفع المنافاة، فاغتنم هذا ينعك في غير مقام.

٢٢/١٥٦ - ٢٣ قوله: ويدلّ عليه بعد صحيحة إسماعيل.

أقول: قد عرفت المناقشة في دلالتها على اعتبار العدالة، ولو سلّمت فيعارضها صحيحة ابن رثاب المتقدمة في خصوص مورد الشراء بناء على

الظاهر
اشتراط
العدالة فيما
يتعلّق بفعل
الغـير
٥٦٨: ٣ - ٥٦٩

دلالتها على كفاية الأمانة كما بنى عليه المصنّف؛ حيث إنّها تدلّ على جواز الشراء من غير العدل، وصحيحة إسماعيل تدلّ على عدمه، ولكن التحقيق كما مرّ عدم دلالتها على عدم اعتبار العدالة، فلا تعارض صحيحة إسماعيل على تقدير دلالتها على اعتبارها إلا أنّ الشأن في ذلك.

٢٤ - ٢٣/١٥٦

قوله: لا يرفع اليد عنها.

أقول: الصواب: «عنه» بدل «عنها»؛ لأنّ الضمير راجع إلى العموم دون العلة.

٢٤/١٥٦

قوله: فإنّ وجوب إصلاح مال اليتيم.

أقول: غاية ما تدلّ عليه الأدلّة حرمة إفساد ماله؛ لأنّ عمدة الدليل على هذا هو الآية، ومفادها حرمة القرب بوجه لا يكون أحسن لا وجوب القرب بوجه أحسن، إلّا أن يراد من الوجوب الوجوب المشروط بالقرب، بضميمة أن يكون الأحسن في الآية بمعنى التفضيل أو بمعنى الحسن، بمعنى ما فيه الصلاح، لكن قد مرّ أنّه عند المصنّف رحمته الله بمعنى الحسن، بمعنى لا مفسدة فيه، وعليه لا يكون دليلاً على وجوب الإصلاح.

٢٦/١٥٦

قوله: وإنّما حمل على موضوع هو إصلاح المال.

أقول: بل هو عدم إفساد المال ولكنه مثل إصلاح المال لا بدّ في إحرازه من أصالة الصحّة التي كان الكلام في جريانها؛ إذ لا مجال لاستصحاب عدم الفساد فيه لعدم الحالة السابقة له؛ إذ الظاهر أنّ المعتبر بناء عليه هو عدم الفساد بطور مفاد «ليس» الناقصة.

والتحقيق: أنّ الموضوع في الآية هو القرب، وأنّ «الحسن» بمعنى الإصلاح أو عدم الإفساد من قيوده وشروطه المأخوذة في جوازه تكليفاً ووضعاً، فيكون حاله كحال الصلاة في جريان أصالة الصحّة.

ويدلّ على ذلك: أنّه لو كان الأمر كما ذكره رحمته الله لزم عدم جواز الشراء من

العادل والفقير، بل من الأب والجد أيضاً فيما إذا شك في الإصلاح وعدمه، ولا يمكن الالتزام به، ولا فرق بينه وبين المقام.

٢٨/١٥٦ قوله: في بلوغ البائع فتأمل.

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّ الشك في حواز الشراء وعدمه ناشئ من الشك في ولاية الفاسق على البيع، وإذن الشارع له فيه من جهة الشك في أنّه إصلاح أم لا، ومعنى أصالة الصحة في بيعه: ترتيب آثار الولاية وكونه عن إذن الشارع ومنها جواز الشراء منه، وأمّا الشك في بلوغ البائع، فلا يجري فيه أصالة الصحة؛ إذ القدر المتيقّن من أدلتها كون موردها فعل البالغ وهو غير محرز فيه، بخلاف ما نحن فيه، فلا يصحّ قياسه به.

قوله: وأخذ الثمن من الفاسق.

أقول: عطف على الفسخ، يعني: لا يلزم عليه فسخ المعاملة وأخذ الثمن من المشتري لو كان فاسقاً ولا أخذ الثمن من الفاسق؛ لعدم علمه بفساد البيع حتى يكون ماله الثمن فيلزم أخذه من المشتري لو فرض فسخه، ولا بصحّته حتى يكون ماله الثمن فيلزم أخذه من البائع الفاسق.

ومن البيان يعلم أنّ الأولى ترك التعبير بالفسخ وتبديله بأخذ الثمن من المشتري؛ إذ لا مورد للفسخ إلّا مع صحّة المعاملة، ومعه لا مجال للفسخ بل يتعيّن أخذ الثمن إلّا أن يريد منه معاملة الفسخ؛ ويعلم أيضاً أنّ المشتري في مفروض كلامه فاسق مثل البائع؛ إذ مع العدالة لا وجه للزوم أخذ الثمن منه مع فساد المعاملة لولايته على مال اليتيم أيضاً.

٣٤/١٥٦ قوله: إن استندنا في ولاية الفقير.

أقول: يعني لو كان المدرك في ولاية الفقير في الأمور العامة منحصراً بالتوقيع الذي مفاده إرجاع القضية إلى الفقهاء فيجوز المزاحمة، وأمّا لو كان المدرك له مضافاً إلى ذلك هو الأدلّة التي مفادها كون الفقير نائباً عن الإمام عليه السلام

وفي منزلته فلا تجوز، والمختار عند المصنّف رحمته كما يظهر من ملاحظه قوله فيما بعد: «فقد ظهر ممّا ذكرنا إلى آخره» ومن قوله: «وكيف كان فقد تبين» هو الثاني.

ويمكن الخدشة في جواز المزاحمة على الشقّ الأوّل بأنّه يتمّ فيما لو كان له إطلاق في مرجعية الفقيه بالنسبة إلى حالتي تصدّي الآخر وعدمه، وفيه نظر؛ لإمكان أن يقال: إنّ الكلام فيه مسوق لبيان مرجعيّتهم في قبال العوام وبالإضافة إلى نفي الولاية عن العوام، وأمّا من غير تلك الجهة ففيه إهمال، فيرجع إلى الأصل المقتضي لعدم جواز المزاحمة للشكّ في ولايته بالفعل مع تصدّي مثله.

وكذلك يمكن انخدشة في عدم جواز المزاحمة على الشق الثاني بما ستعرف.

قوله: فالنهي عن المزاحمة. ٣٥/١٥٦

أقول: يعني النهي عن المزاحمة للفقيه المستفاد من الأمر بالإرجاع يختصّ بالعوام؛ لاختصاص الأمر بالإرجاع بهم.

قوله: وأمّا الحكم فكلّ منهم حجّة من الإمام عليه السلام.

أقول: يعني أنّ كلّ واحد منهم قد جعله الإمام عليه السلام حجّة ووليّاً على الأمر ومرجعاً فيه. وقد عرفت الإشكال في ثبوت ذلك له على الإطلاق حتّى في حال تصدّي الآخر أيضاً، وأنّ المرجع معه هو الأصل المقتضي لعدم جواز المزاحمة.

قوله: لا من حيث ثبوت الولاية على الأنفس. ٣/١٥٧

أقول: هذا تعرّض لبيان المراد ممّا فيه النيابة في قوله: «عمومات النيابة»، وأنّه ليس الولاية على الوجه الأوّل، أعني: الولاية على الأنفس والأموال؛ كي يشكل بما ذكره في المتن من عدم عموم يدلّ على ثبوت ذلك

للفقيه، بل الولاية بالمعنى الثاني في خصوص الأمور العامة التي يجب على المؤمنين أن يرجعوها إلى رئيسهم كسائر الناس الذين يرجع كل قوم منهم فيها إلى رئيسهم، المستفاد ذلك - أي وجوب إرجاع مثل هذه الأمور إليه عليه السلام - من قوله في تعليل وجوب إرجاعها إلى الفقهاء: «فإنهم حجّتي عليكم»؛ لأنّه يدلّ على وجوب الإرجاع إليه عليه السلام ابتداءً.

فالمراد من عمومات النيابة ما يدلّ على ثبوت الولاية للفقيه في خصوص هذه الأمور بعنوان أنّه نائب الإمام عليه السلام، وذلك مثل المقبولة، فإنّ الظاهر منها في نظر المصنّف على ما ذكره سابقاً: أنّ العلماء نوابه عليه السلام كالحكّام المتعارفة بالنسبة إلى السلطان.

والحاصل: أنّ نظره في عمومات النيابة ليس إلى التوقيع كما قد يتوهم؛ كي يستشكل عليه بلزوم التناقض بين الشرطيتين، حتى يجاب عنه بجعل المراد منه في الأولى إلى صدر التوقيع مجرداً عن لحاظ التعليل، وفي الثانية إليه بلحاظه.

٦/١٥٧ قوله: فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام.

أقول: نعم، لكن من الإمام ولا دليل على عدم جوازها منه مع فرض التعدّد، وإنّما لا تجوز من الرعيّة، فحال كلّ من العلماء بناء على عمومات النيابة كحال الأب والجدّ، فافهم.

٧/١٥٧ قوله: لأجل الفرق بين كون كلّ منهم حجّة.

أقول: هذا من قبيل اللفّ والنشر المشوّش، الأول للثاني والثاني للأول؛ لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجّة من قبل الإمام عليه السلام في وجوب الإرجاع الغير الحادثة إليه، فيكون حالهم كحال الأب والجدّ في جواز التصديّ لما بنى الآخر على التصديّ له ودخل في مقدّماته، وبين كون كلّ منهم نائباً عنه في أنّ فعله فعل الإمام عليه السلام وتصديّه تصديّه، فلا يكونون مثل الأب والجدّ، بل

يكون حال كل واحد منهم مع الآخر كحاله مع الإمام عليه السلام في عدم جواز مزاحمته.

هذا، وقد عرفت أن حاله مع الآخر على الثاني أيضاً كحال إمام مع إمام آخر، فيكون كل مع الآخر كما في الأب والجد.

قوله: بنفس ذي المقدمة، فتأمل. ١١/١٥٧

أقول: لعلّه إشارة إلى أن أدلة نيابة الفقيه أيضاً لا تدل على أزيد من النيابة في نفس ذي المقدمة، فيكون حال الحكام كحال الوكلاء المتعديين في التوكيلات المتعارفة.

قوله: هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال. ١١/١٥٧

أقول: فيه منع يشهد له عدم لزومه من ولاية المؤمنين عند تعذر الحاكم مع جواز مزاحمة كل منهم للآخر.

قوله: فرع سؤال من له الحكم. ١٤/١٥٧

أقول: وهو منتفٍ مع عدوله إلى حاكم آخر.

قوله: ويحتمل أن يراد به الحسن. ٢٢/١٥٧

أقول: قال المحقق الشارح الرضي رحمته الله: واعلم أنه يجوز استعمال «أفعل» عارياً عن اللام والإضافة ومن، مجرداً عن معنى التفضيل؛ مؤولاً باسم الفاعل والصفة المشبهة قياساً عند المبرد وسماعاً عند غيره، وهو الأصح، قال:

قَبَحْتُم يَا آلَ زَيْدٍ نَظَرَا أَلُم قَوْمٍ أَصْغَرًا وَأَكْبَرَا
أَي صَغِيرًا وَكَبِيرًا، وَقَالَ الْآخَرُ:

ملوك عظام على ملوك أعظم

أي عظام... إلى أن قال: وما كان بهذا المعنى فبلزومه صيغة «أفعل» أكثر من المطابقة إجراء له مجرى الأغلب الذي هو الأصل، أي أفعل التفضيل مع «من». انتهى موضع الحاجة.

محتملات
معنى «الأحسن»
٣ : ٥٧٥

الظاهر من
احتمالات
« القرب »
و « الأحسن »
٣: ٥٧٥-٥٧٦

٢٤/١٥٧ قوله: ثم إنَّ الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث.

أقول: يعني به الظهور في نظر العرف كما صرح به بعد ذلك، وأمَّا الوجه في ظهور الاحتمال الثاني من احتمالات «الأحسن»، فلعلَّ نظره فيه إلى ما قيل: إنَّ حذف المتعلِّق يفيد العموم.
٢٨/١٥٧ - ٢٩ قوله: إذ بعد كون «الأحسن».

أقول: الصواب تعليله بتزاحم حرمة الإبقاء مع حرمة التبديل في مرحلة الامتثال؛ لعدم القدرة على امتثالهما معاً مع عدم رجحان أحدهما على الآخر؛ وذلك لأنَّ التخيير في إحدى المعاملتين لا معنى لاستدامته في المعاملة الأخرى بعدها مع انتفاء ملاكه، وهو كون «الأحسن» هو القدر المشترك فيها، وإلا فلو كان المناط ما ذكره يُؤَيَّرُ لما كان فرق في التخيير في المعاملة الثانية بين هذا الاحتمال والاحتمال الثالث؛ لاشتراكهما في التخيير في ابتداء الأمر بين جعله دراهم ودنانير؛ فلا وجه لتخصيصه بالاحتمال الرابع حينئذٍ.

٣٣/١٥٧ قوله: وإن كان الذي يقتضيه التدبّر.

أقول: يعني ولازم ذلك هو المعنى الرابع، ولكن مجرد ذلك ما لم يقم عليه دليل لكونه اعتبارياً ظنياً لا يوجب رفع اليد عن الظهور العرفي المقتضي لإرادة المعنى الثالث، وعليه لا يجوز تبديل الدراهم بالدنانير في الفرض المذكور بناء على كون «الأحسن» للتفضيل المطلق، إلا أنَّ الشأن في المبنى؛ إذ الظاهر من بعض الروايات أنَّ مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أنَّ مناط الجواز هو النفع، فيدلُّ على أنَّ المراد من بين الاحتمالات في «الأحسن» هو الاحتمال الرابع أعني ما لا مفسدة فيه، فيجوز التبديل المزبور في الفرض على الاحتمال الثالث في معنى القرب أيضاً.

فظهر من هذا البيان أنَّ قوله: «نعم ربّما يظهر من بعض الروايات» راجع إلى قوله: «ومن احتمالات الأحسن هو الثاني» وإشارة إلى ما يوجب حمله

ظاهر بعض
الروايات كفاية
عدم المفسدة
٣: ٥٧٧-٥٧٨

على الاحتمال الرابع وهو كونه بمعنى ما لا مفسدة فيه.

قوله: وأنت خير بآئه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي. ٦-٥/١٥٨
أقول: يعني ظهور الشرطية الأولى في اعتبار النفع الزائد لا عدم الضرر،
والوجه في منع الظهور فيه عدم ظهور المنفعة في أزيد من عدم الضرر، وفيه
نظر، إلا أن يكون نظره في منع ظهور الرواية في ذلك إلى أن الظاهر منها أن
الإمام عليه السلام في مقام بيان حكم تمام شقوق الدخول عليهم وهي ثلاثة، فلا بد أن
يكون صورة خلوه عن النفع والضرر مندرجة في إحدى الشرطيتين.
ويمكن دعوى أن اندراجها في الأولى أولى منه في الثانية؛ لأن التصرف
في النفع بإرادة عدم الضرر أهون من التصرف في الضرر بإرادة عدم النفع.
ويمكن أن يكون نظره إلى أن التنافي مبني على ظهور الشرطية في
عموم المفهوم المبني على الإطلاق، وهو مبني على عدم قيام قرينة على
خلافه كما هنا، بدعوى أن كل قضية شرطية إذا وقع التصريح ببعض أفراد
مفهومها بطور الجملة الشرطية يكون هذا قرينة على أن المراد من مفهوم
الأولى ليس إلا هذا الفرد، وأن الفرد الآخر مندرج في مفهوم الشرطية الثاني،
وعلى هذا يترتب وجوب التعدد في غسل البول في الكرّ الراكذ كغير الكرّ؛
لاندراجها في مفهوم قوله: «فان غسلته في ماء جارٍ فمرة» بعد قوله: «اغسله
في الممرن مرتين» فتأمل.

وكيف كان، فهذه الرواية قرينة على التصرف في ظهور «الأحسن» في
معنى التفضيل، وحمله على معنى الحسن في الجملة، إما بمعنى ما فيه الصلاح
أو بمعنى ما لا فساد فيه، والظاهر هو الأول؛ إذ الظاهر من مثل المقام ممّا صرح
فيه ببعض أفراد مفهوم الشرطية الأولى بالجملة الشرطية عدم المفهوم للثانية،
وأن المدار على الأولى منطوقاً ومفهوماً، والظاهر من النفع: المصلحة، لا صرف
عدم الضرر، فتأمل وافهم.

هل يجب
مراعاة الأصلح؟
٣: ٥٧٩-٥٨٠

٨/١٥٨ قوله: وهل يجب مراعاة الأصلح.

أقول: يعني بناء على عدم كفاية عدم المفسدة ولزوم مراعاة المصلحة هل يجب... إلى آخره.

٩/١٥٨ قوله تعالى: قال الشهيد في القواعد.

أقول: قاله في القاعدة المئة والأربعين. ومورد الاستشهاد من كلامه على كون المسألة ذات وجهين.

١٠/١٥٨ قوله: وعلى هذا هل يتحرى الأصلح.

يعني وعلى تقدير وجوب ملاحظة المصلحة: هل يجب تحرّي الأصلح وملاحظته، أم يكفي مطلق المصلحة؟

٩/١٥٨ قوله تعالى: لآته منصوب لها.

أقول: فيه ما ذكره المحقق القمي رحمته الله أنه أوّل الدّعوى، وأنه محلّ النزاع كما هو قضيّة العنوان وقضيّة التعبير بقوله: «يحتمل الأوّل»، وإنّما المسلّم كونه منصوباً لدفع المفسدة وحفظ ماله عن التلف.

قوله: ولأصالة بقاء الملك.

يكفي في الخروج عنها رواية الكاهلي الدالّة على كفايه عدم المفسدة بالتقريب الذي عرفته.

١٠/١٥٨ قوله: ولأنّ النقل والانتقال.

أقول: فيه ما يأتي ذكره في كلام المحقق القمي قدّس سرّه الشريف .

قوله: والعدميّات لا تكاد.

أقول: يعني ومن جملتها عدم المفسدة.

وفيه: أنّ عدم المفسدة لا يجعله أحد غاية للبيع حتى يقال بعدم صلاحية العدمي لأن يكون غاية له، وإنّما الغاية شيء آخر، والمدعى أنّ البيع لأجل غاية من الغايات مع عدم ترتّب مفسدة عليه لا بأس به.

قوله: نعم.

أقول: هذا أحد الوجهين، وقوله: «لا» بيان للوجه الآخر، وقوله: «لمثل» علة للوجه الأول، وقوله: «لأن...» علة للوجه الثاني، فكأنه قال: فيه وجهان: أحدهما: نعم، يعني يجب تحرّي الأصلح، لمثل ما قلنا في وجوب ملاحظة أصل الصلاح من أصالة بقاء الملك على حاله. وثانيهما: لا يعني لا يجب بل يكفي بمطلق المصلحة؛ لأنّ الأصلح لا يتناهى.

١١/١٥٨

قوله: ويترتب على ذلك أخذ.

أقول: يعني ويترتب على النزاع في لزوم مراعاة المصلحة وكفاية عدم المفسدة جواز أخذ الولي... إلى آخره على الثاني، وعدم جوازه على الأول، وللمحقّق القمي رحمته الله مناقشات أوردها على كلام الشهيد المذكور في المتن، فأحببت نقلها:

قال - في أوّل صفحة من كتاب الحجر والتفليس من أجوبة مسائله بعد نقل عبارة الشهيد رحمته الله - ما لفظه:
أقول: أراد بقوله: «بنفي المفسدة» عدمها لا نفيها، وإلا فهو أيضاً مصلحة جزماً.

وقوله: «لأنّه منصوب لها» فيه: أنّه أوّل المسألة، ولو سلّم ذلك فلا مجال للنزاع ولا معنى للاحتمال، بل المسلّم أنّه نصب لأجل حفظ المال لا لتحصيل المنفعة، ولما كان المولّى عليه لا يتمكّن من صرف المال فيما يحتاج إليه غالباً إلاّ على سبيل الإلتلاف والإفساد، فنصب الوليّ إنّما هو لحفظ المال وصرفه لهم على وجهه وعلى قدر الاحتياج.

قوله رحمته الله: «ولأصالة بقاء الملك على حاله»، فيه: أنّه يخرج عنه بدليل العمومات، نعم، لا دلالة في العمومات على ما لو باع بدون حاجة المولّى عليه

أيضاً؛ لأنّه تصرّف لم يؤذن فيه، فإنّ ما علم جواز التصرف فيه هو ما لو كان لاحتياج المولّى عليه أو لتحصيل نفع له، أمّا الأوّل فلو جوبه على الولي لكونه منصوباً لذلك، وأمّا الثاني فلكونه إحساناً وإن لم يثبت وجوبه من دليل.

قوله: «ولأنّ النقل والانتقال» الظاهر أنّ مراده من العدميّ هو نفس المفسدة بمعنى عدمها كما ذكرنا سابقاً؛ إذ هو الذي لا يكاد يقع غاية، لا رفع الفساد، فإنّه غاية عظيمة.

وفيه: أنّه إن أراد أنّه يلزم اللغو حينئذ؛ لأنّه فعل بدون حكمة ومصلحة وهو قبيح والقبیح منهّي عنه، ففيه - بعد تسليم القبح -: أنّ عدم الحكمة ممنوع؛ إذ قد يكون فيه حكمة لغير المولّى عليه وإن لم يثبت له فيه حكمة.

وإن أراد أنّه لا بدّ أن يكون له غاية يعود نفعها إلى المولّى عليه، فحينئذٍ نقول: إن أراد غاية زائدة على رفع احتياجه في مصادفة المحتاج إليها، فهو ممنوع كما بيّنا، وإن أراد ما هو أعمّ من ذلك بحيث يكفي بما ذكر، ففيه: أنّه مُسلّم كما بيّنا لكنّه يرجع إلى عدم الرخصة في التصرف إلّا على هذا الوجه، أو لتحصيل النفع الزائد، ونحن نسلّم أنّه لا بدّ أن يكون التصرف على أحد الوجهين لا غير.

قوله: وعلى هذا هل يتحرّى. ١٠/١٥٨

أقول: هذا التفريع يشهد بأنّ مراده من المصلحة المصلحة الزائدة على ما ذكرنا من رفع الاحتياج، فلو فرض احتياجه إلى بيع ماله لأجل إنفاقه وأمکن ذلك بأن يبيع غنمه بالدراهم ويشتري بها الخبز، وبأن يشتري بالدراهم الحنطة ويطحن ويخبز، وكان الثاني أصلح له، فعلى ما ذكر يكفي الأوّل وعلى ما ذكره يلزم الثاني، وقد عرفت منع الدليل على لزوم الثاني؛ ولأنّه ممّا لا يتناهى في بعض الأوقات.

قوله: وعلى كلّ تقدير. ١١/١٥٨

فيه ما مرّ من المنع وعدم الدليل ولا دلالة في الآية عليه.
قوله: ويترتب عليه.

أقول: نعم، ولكن ذلك لعدم احتياجه إليه وعدم ثبوت الإذن في هذا التصرف. انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع مقامه.

١٤/١٥٨

قوله: إلا ما كان أحسن من غيره ومن الترك.

أقول: هذا بناءً على الاحتمال الثاني في معنى «الأحسن»، وقد ناقش فيه في السابق وأن مقتضى ما يظهر من بعض الروايات الاحتمال الرابع، وعليه يكون المنهني عنه جميع التصرفات إلا ما لا مفسدة فيه.

١٥/١٥٨

قوله: أحسن من الترك.

أقول: أحسن منه دون الأمور الوجودية الأخر.

١٦/١٥٨

قوله: فظاهر الآية عدم جواز.

أقول: بناءً على الأخذ بظاهر «الأحسن» أعني الاحتمال الثاني، وأمّا بناءً على رفع اليد عنه وحمله على الاحتمال الرابع، بقرينة ما يظهر من بعض الروايات، فيجوز العدل إلا إذا كان العدول إفساداً.

قوله: وكان يبيعه في بلد آخر أصلح مع إعطاء الأجرة منه أن

١٨/١٥٨

ينقله.

أقول: يعني مع إعطاء الأجرة من مال المولّى عليه على أن ينقله إلى بلد آخر. وضمير وجوبه في آخر العبارة راجع إلى يبيعه في بلد آخر.

[• في بيع العبد المسلم من الكافر]

٢٠/١٥٨

قوله: وسيأتي عبارة الاسكافي.

أقول: المشعرة من جهة تخصيص صغير الأطفال بالذكر بجواز رهن الكبير. ولكن فيه: أنّ مجرّد جواز رهنه لا يدلّ على جواز بيعه، فتأمل.

المشهور عدم
صحّة نقل
العبد المسلم
إلى الكافر ٥٨١:٣

المناقشة فيما
استدل به على
عدم الصحة
٣: ٥٨٢-٥٨٣

٣٠/١٥٨ قوله: بالنصّ الوارد في عبد كافر.

أقول: ذكره في الوسائل في آخر كتاب العتق.

٣١/١٥٨ قوله تثنية: بناء على أنّ تخصيص البيع بالمسلمين.

أقول: في الرواية فقرتان للاستدلال بها على المطلوب:

أحدهما: قوله: «فبيعوه من المسلمين» بالتقريب الذي ذكره المصنّف،

من أنّ الداعي إلى التقييد بـ «المسلمين» هو الاحتراز عن البيع من الكفار،

فلا يجوز، فيفسد لدلالة النهي على الفساد.

والأخرى: قوله: «ولا تقرّوه عنده» حيث إنّ المنع من الإبقاء عنده وفي

ملكه يدلّ على المنع عن الإدخال في ملكه، وإنّما يندفع التمسكّ بها في

المطلب ممّا ذكره في الإيراد على قياس الابتداء بالاستدامة لو كان نظر

التمسكّ بها إلى الجهة الثانية، وأمّا لو كان إلى الجهة الأولى فلا بدّ في دفعه ممّا

ذكره بقوله: «وتوضيح الاندفاع» من أنّ الداعي إلى التقييد اختصاص حصول

الغرض بمورد القيد لاختصاص جواز البيع به ولا ربط له بما ذكره في السابق،

فاللّازم أن يقول: بناء على أنّ النهي عن الإقرار عنده يدلّ على النهي عن البيع

منه فيفسد، وأمّا بناءً على كون الوجه هو أنّ تخصيص البيع من المسلمين في

مقام الاحتراز عن البيع من الكفار، فيدلّ على النهي عن بيعه من الكفار فيفسد.

فيرد عليه: أنّ تخصيص المسلمين إلى آخره، ولعلّ الأمر بالفهم في

الذيل إشارة إلى أنّ وجوب إزالة الملك يكفي في فساد البيع من الكافر لكونه

سفيهاً، فافهم.

٣٢/١٥٨ قوله: والنهي عن إبقائه عنده.

أقول: المناسب تقديم هذه الجملة على قوله: «هي إزالة ملك الكافر»،

ولعلّها مقدّمة في أصل النسخة والاشتباه من النسخ، ومن هنا علم انحال في

قوله في آخر العبارة: «لكنّ ظاهر الآية وجوبه».

المناقشة في
الاستدلال بآية
«نفي السبيل»
٥٨٤-٥٨٦: ٣

٣٤/١٥٨

قوله: ولو بقرينة سياقها.

أقول: يعني بالسياق ما يذكره بعد ذلك بقوله في الآية الشريفة المسبوقة
لبیان أنّ الجعل... إلى آخره، ووجه الإباء عن التخصيص أنّ الإيمان تمام العلة
في الحكم المذكور في الآية ولا يمكن انفكاكه عنه.
قوله: أو بقرينة ما قبلها الدالة.

أقول: يعني بما قبل الآية قوله تعالى: ﴿فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ (١)
وحمل الآية على نفي الجعل في الآخرة قولاً ثانياً في تفسير الآية في مجمع
البيان، ونسبه الرازي في تفسيره إلى علي عليه السلام وابن عباس.

٣٥/١٥٨

قوله: وهو ما روي في العيون عن أبي الحسن عليه السلام.

أقول: متن الرواية على ما في الصافي في تفسير الآية في أواخر الجزء
الخامس من سورة النساء هكذا:

قيل له - يعني الرضا عليه السلام -: إنّ في سواد الكوفة قوماً يزعمون أنّ
النبي ﷺ لم يقع عليه السهو؟ فقال عليه السلام: كذبوا لعنهم الله، إنّ الذي لا يسهو هو
الله الذي لا إله إلا هو، قيل: وفيهم قوم يزعمون أنّ الحسين بن علي عليه السلام لم
يقتل، وأنّه أُلقي شُبُهه على حنظلة بن أسعد الشامي، وأنّه رفع إلى السماء كما
رفع عيسى بن مريم عليه السلام ويحتجّون بهذه الآية ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى
الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ (٢).

فقال: كذبوا عليهم غضب الله ولعنته، وكفروا بتكذيبهم النبي ﷺ في
إخباره بأنّ الحسين عليه السلام سيقتل، والله لقد قتل الحسين بن علي عليه السلام، وقتل من
كان خيراً من الحسين عليه السلام: أمير المؤمنين والحسن بن علي عليه السلام، وما منا إلا
مقتول باغتيال، من يغتالني أعرف ذلك بعهد معهود إليّ من رسول الله ﷺ أخبر

(١) النساء: ١٤١.

(٢) النساء: ١٤١.

به جبرئيل عن رب العالمين، فأما قوله عز وجل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، وأنه يقول: لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة، ولقد أخبر الله تعالى عن كفار قتلوا النبيين بغير حق، ومع قتلهم إياهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه سبيلاً من طريق الحجة.

ثم إن حنظلة هذا من شهداء كربلاء، وفي الإقبال فيما يزار به الشهداء يوم عاشوراء: «الشيباني» بدل الشامي.

قوله: في نفسها. ٣٤/١٥٨

أقول: يعني مع قطع النظر عن ملاحظة الرواية الواردة في تفسيرها.

قوله ﷺ: حتى أنكروا. ١/١٥٩

أقول: في العبارة اغتشاش من جهة الجمع بين الإنكار وبين عدم مقبوليته ﷺ فإنه يفيد خلاف المقصود، وكان حق التعبير بتبديل «انكروا» بـ «زعموا»، أو تبديل «لم يقتل» بقوله: «قتل»: ولعله سهو من الناسخ.

قوله: وتعميم. ٢/١٥٩

أقول: هذا إشارة إلى ما يمكن أن يقال به في دفع الخدشة الثانية في الآية من الوجهين، أحدهما هذا، والآخر ما ذكره بقوله: «وتعميم السبيل» يعني في الآية... إلى آخره. والفرق بينهما: أن تفسير السبيل بالحجة على الأول يكون من تفسير الشيء بالمرادف، وعلى الثاني من تفسير العام ببعض أفراده. والمراد من الحجة في قوله: «وتعميم الحجة» هو التي فسر بها السبيل في رواية العيون.

قوله: وثالثة من حيث تعارض عموم الآية. ٣- ٢/١٥٩

أقول: قد يتوهم أن مقتضى هذه الخدشة هو الحكم بعدم الجواز؛ للأصل بعد سقوط أدلة الصحة لأجل التعارض، وهو خلاف مقصود المصنف، لكنه توهم فاسد نشأ من الغفلة كما هو تنمة للخدشة وهو قوله: «واباء سياق الآية»، فإنه دفع وهم يتوهم في المقام، وهو أن مجرد التعارض وعدم الحكومة

لا يجدي في إسقاط الاستدلال بالآية على الفساد والحكم بالصحة كما هو المقصود من الخدشة، بل لابد من ترجيح أدلة الصحة وتقديمها على الآية أو التساوي ولا ترجيح لها عليها، بل الآية مقدّمة عليها من جهة إباء سياقها عن التخصيص اللّازم من تقديم أدلة الصحة عليها، ولو تنزّلنا عن ذلك فلا أقل من التساوي الموجب للتسايط والرجوع إلى الأصل.

وحاصل الدفع: أنّ سياقها آي عن التخصيص، لكن مجرّد تقديمها في مادّة التعارض لا يجدي في الحفاظ عن ورود التخصيص لو كان المراد من «انسبيل» ما يعمّ الملكية؛ ضرورة لزوم الالتزام بالتخصيص في جملة من الموارد، والتحقّظ عن وروده عليها يقتضي أن يكون المراد من السبيل ما لا يشمل الملكية أصلاً ابتداءً واستدامة، وعليه يبقى أدلة الصحة سليمة عن معارضة الآية في محلّ البحث فيصحّ، وهو المقصود.

٣/١٥٩

قوله: وتسلب الناس على أموالهم.

أقول: قد مرّ منه مراراً أنّ قاعدة السلطنة لا نظر لها إلى الشرائط التي منها إسلام المشتري للعبد المسلم مثل عقله وبلوغه، فلا وجه لجعلها في عرض عمومات الصحة.

قوله: وحكومة الآية عليها غير معلومة.

أقول: مقتضى ما ذكره ميزاناً للحكومة في التعادل والترجيح من لغوية الحاكم على تقدير عدم المحكوم بالمرّة هو الحكومة هنا؛ إذ لو لم يكن هناك ما يقتضي ثبوت السبيل لكان لغواً.

٤/١٥٩

قوله: وفي كثير من الفروع في الابتداء.

أقول: منها الإرث، وبيعه على الكافر الذي يعتق عليه، وبيعه عليه بشرط مدّته. وما لو قال الكافر للمسلم: اعتق عبدك المسلم عني؛ حيث إنّ هذه صحيحة عندهم ظاهراً مع أنّه يملك فيها الكافر للعبد المسلم ابتداءً.

٥/١٥٩ قوله: وهذا وإن اقتضى.

أقول: هذا دفع دخل، يعني: أن تفسير السبيل بتحقيق الملكية بدون السلطنة، وإن كان معه تسلم الآية عن ورود التخصيص عليها، إلا أنه يلزم منه ورود التقييد على إطلاق استقلال الناس في أموالهم، ومع كون المراد من السبيل ما يعم الملكية يكون الأمر بالعكس، فأى مرجح لأحدهما على الآخر؟ وحاصل الدفع: أن التقييد المذكور - بملاحظة كثرة ورود التقييد عليه في موارد حجر المالك لصغر أو جنون أو سفه أو فليس أو زمن أو غير ذلك - أهون من تخصيص الآية.

هذا، والأولى في الدفع منع الدوران؛ إذ تقييد تلك الإطلاقات لا محيص عنه على تقديري تفسير السبيل بما يعم الملكية وما لا يعمه؛ ضرورة إجباره على البيع وعدم اعتبار رضاه على كل حال، فالأمر دائر بين تخصيص الآية وعدمه.

٧/١٥٩ قوله: كما إذا كان الكافر مسبقاً بالإسلام.

أقول: فنقول في تقريب الاستصحاب: هذا الكافر المسبوق بالإسلام كان قبل كفره يصح بيع العبد المسلم منه، فبعد كفره كما كان؛ وفي تقريبه في الفرض الثاني نقول: هذا العبد قبل إسلامه كان يصح بيعه من الكافر، فبعد إسلامه أيضاً كما كان.

٨/١٥٩ قوله: في غير هذه الموارد.

أقول: يعني به ما كان إسلام العبد وكفر المشتري غير مسبوق بضده.

٩-٨/١٥٩ قوله: لأن استصحاب الصحة مقدّم عليه، فتأمل.

أقول: يمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة في جريان استصحاب الصحة في الفرضين بتبدل الموضوع؛ حيث إن الكفر والإسلام مأخوذان في الحكم بنحو العنوانية والموضوعية.

ويمكن أن يكون إشارة إلى منع تقدّمه على أصالة الفساد في مثل المقام ممّا كان مجرى كلّ منهما غير مجرى الآخر، ويكون التنافي بينهما بضميمة عدم القول بالفصل، وإنّما يتقدّم عليها فيما إذا جرى في مورد واحد.

وهذا نظير ما ذكره في ذيل المسألة الثالثة من مسائل الأقلّ والأكثر من التنبيه الأوّل بقوله: لكن التفصيل بينهما^(١) غير موجود في الصلاة؛ إذ كلّ ما يبطل الصلاة بالاخلاق به سهواً تبطل بزيادته عمداً وسهواً، فأصالة البراءة الحاكمة بعدم البأس بالزيادة معارضة بضميمة عدم القول بالفصل بأصالة الاشتغال الحاكمة ببطان العباد بالنقص سهواً. انتهى.

حيث إنّ بني على المعارضة بين أصالة البراءة وأصالة الاشتغال مع أنّه لا مجال للثاني مع الأوّل في مورد واحد، فلا وجه للمعارضة إلّا ما ذكرنا من اختلاف المورد.

ويمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة في عدم الفصل باحتمال خصائصه بالحكم الواقعي وعدم عمومته للحكم الظاهري الذي يقتضيه الأصل.

ويمكن أن يكون إشارة إلى الدقّة في وجهة التقديم، وهو أنّ أصالة الفساد عبارة عن الحكم بعدم ترتّب الأثر، وعدم تأثير المعاملة من جهة عدم علم بما يقتضي الحكم بصحّتها وترتّب الأثر عليها واستصحاب الصحّة في الملازمة أخرى ملازمة لمورد أصالة الفساد في الحكم بعد ملاحظة تلك الملازمة الثابتة بالإجماع، مقتضى للصحة في مورد أصالة الفساد.

وبالجملة: الشكّ في الفساد والصحة في مورد أصالة الفساد مسبّب عن عدم نفي الصحة والفساد في مورد استصحاب الصحة، غاية الأمر بضميمة عدم الفصل بين الموردين في الحكم لا بالأصالة وبالطبع، لا أنّ الثاني مسبّب

شروط المتعاقدين / بيع العبد المسلم من الكافر ٢٨٩

عن الأوّل ولا كليهما مسبّب عن أمر ثالث، ولا فرق في تقدّم الأصل في طرف السبب وحكومته على الأصل في المسبّب بين كون تسبّب أحدهما عن الآخر بلا واسطة أو بواسطة الإجماع على اتّحاد الحكم فيهما.

ومن هنا يظهر أنّ الوجه فيما نقاناه من الرسائل هو تقديم أصالة البراءة على أصالة الاشتغال، فافهم.

قوله: أظهرهما الثاني. ١١/١٥٩

تمليك منافع
المسلم من
الكافر
٥٨٧-٥٨٦:٣

أقول: هذا الذي لازمه عدم الجواز مع وقوع الإجارة على الشخص إنّما هو بناء على مذاق المشهور، وإلاّ فالمصنّف رحمه الله كما ستعرف مائل إلى صحّة تملّك الكافر للعبد المسلم.

وكيف كان، يمكن الاستدلال على الجواز مطلقاً بما ورد من كون أمير المؤمنين أجيّراً لليهودي للاستقاء من البئر كلّ دلو بتمرة، وحديث غزل سيّدة النساء فاطمة رضي الله عنها للصوف لليهودي بناء على كون الإجارة فيهما على الشخص، فيدلّ على الجواز في صورة كونها في الذمّة بطريق أولى، إلّا أن يمنع كونها فيهما إلّا على الذمّة، فلا يدلّ على الجواز إلّا في هذه الصورة.

قوله: لا المنفعة، فتأمّل. ١٦/١٥٩

عدم الفرق
بين الحرّ
والعبد
٥٨٨-٥٨٧:٣

أقول: قيل إشارة إلى ضعف ما ذكره في توجيه الفرق؛ لأنّ تسلّط الكافر للانتفاع عن المسلم أيضاً سبيل؛ ولذا لا يجوز إعادة العبد المسلم للكافر على ما سيأتي حكايته عن عارية المسالك ومع المقاصد والحواشي، ويمكن أن يكون إشارة إلى بطلان كون إجارة الحرّ تمليك الانتفاع؛ إذ لا يبقى حينئذٍ فرق بين الإجارة والعارية.

المقصود من
الكافر ٣: ٥٩٠

قوله: ثمّ إنّ النّاهر من الكافر كلّ من حكم بنجاسته. أقول: لا شاهد على ذلك، بل الظاهر منه المنكر للتوحيد أو الرّسالة، ولم يعلم أنّ المناط فيه هو النجاسة حتى يتعدّى إلى كلّ من حكم بنجاسته،

ولا حجية في فهم الحنفية، فلا وجه للاستشهاد باستدلالهم عليه.

٢٢/١٥٩

قوله: والمرتب.

أقول: ولو بانكار ضروري الدين، بل هذا بالخصوص هو المراد منه بقرينة سلب الوجود عنه في زمان نزول الآية.

٢٣/١٥٩

قوله: ولذا استدلل.

أقول: يعني لكون الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته استدلل الحنفية بآية نفي السبيل على حصول البينة بارتداد الزوج مطلقاً ولو بإنكار الضروري مع انتفائه في زمان النزول؛ إذ لو كان المراد من الكافر من أنكر الربوبية أو النبوة لما صح الاستدلال بها عليه فيما إذا كان الارتداد بغير ذلك، أعني انكار الضروري.

قوله: وهل يلحق بذلك أطفال الكفار؟ فيه إشكال.

أقول: فرض المسألة ما لو كان الولي لطفل الكافر المتصدي لشراء العبد المسلم لذاك الطفل المولى عليه هو مسلماً بأن كان وصياً له من قبل أبيه الكافر أو جدّه كذلك؛ إذ لو كان الولي كافراً فلا إشكال في الإلحاق في عدم الجواز؛ لأنّه تسليط للولي الكافر على المسلم، ولا ريب في عموم السبيل في الآية للسلطنة.

ووجه الإشكال في الفرض المذكور هو الإشكال في عموم المراد من السبيل المنفي في الآية للملكية، فيلحق به فلا يجوز، وعدمه فلا يلحق فيجوز، ويحتمل أن يكون الوجه فيه هو الترديد في أن المراد من الكافر في الآية هو الكافر الحقيقي، فالثاني أو الأعم منه ومن الحكمي ولو بواسطة دليل آخر حاكم، فالأول ومن هذا الوجه الأخير يظهر الحال في عكس الفرض بأن كان المبيع طفل العبد المسلم وكان المشتري كافراً، فتأمل.

١- إذا كان الشراء
مستعقباً
للانعتاق
٣: ٥٩٢-٥٩٤

٢/١٦٠ قوله: وأما الثاني فيشكل بالعلم بفساد البيع.

أقول: يمكن أن يقال بأن إقرار الكافر بحرّية المسلم لا يمنع من صحّة الشراء؛ لأنّه غير مسموع: أمّا بالقياس إلى البائع فلاّنه إقرار في حقّ الغير، وأمّا بالقياس إلى المقرّ فلاّنّ المعتر في سماع الإقرار كون المقرّ به للمقرّ لولا الإقرار، وهو منتفٍ في الفرض؛ حيث إنّّه قبل الشراء للغير، فهذا الإقرار لا يوجب خللاً في شرط صحّة البيع وهو الملكيّة بالقياس إلى كلّ واحد من المتعاقدين فيصحّ البيع، ولما كان إقراره بذلك يتحقّق شرط نفوذه لأجل الشراء فينفذ بعده ويترتب عليه زوال ملكه في مرحلة الظاهر أخذاً بإقراره؛ إذ الظاهر عدم اعتبار مقارنة هذا الشرط للإقرار، بل يكفي لحوقه به، وكفر المشتري لا يمنع عن الصحّة هنا؛ لأنّ ملاك المنع فيه صدق السبيل على شرائه، ولا يصدق مع زوال الملكيّة بمجرد الشراء أخذاً بإقراره، ومن هنا يعلم انتفاء العلم الإجمالي بفساد البيع.

٣/١٦٠ قوله: إلّا أن يمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالي.

أقول: لعلّه ينظر في ذلك إلى خلاف صاحب الحقائق؛ حيث اعتبر في تفسير العلم الإجمالي تعلّق العلم بالخطاب التفصيلي وكون الإجمال في مورده، مثل العلم بنجاسة أحد الإناءين مثلاً، فإنّ المعلوم - وهو خطاب اجتناب عن النجس في البين - تفصيليّ من حيث الحكم والمتعلّق، وأمّا لو تعلّق بالمردّد بين الخطابين كالعلم بأنّ أحد الإناءين أمّا خمر أو غصب فلا أثر له، والمقام من الثاني؛ لأنّ المعلوم فيه هو الخطاب المرّدّد بين لا يجوز شراء الحرّ وبين لا يجوز شراء العبد المسلم، وهذا المسلك غير مرضٍ عند المصنّف رحمه الله وقد عقد لذلك تنبيهاً في الرسائل ولذا أمر بالتأمّل.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ عدم التأثير في القسم الثاني لو سلّم إنّما هو فيما إذا لم يتولّد منه علم تفصيليّ كما في المقام؛ حيث إنّ العلم بالبطان هنا

تفصيلي تولد من العلم الإجمالي.

وكيف كان، فلنا كلام في تأثير العلم الإجمالي قد بسطناه بعض البسط في شرحنا على الكفاية.

٤/١٦٠

قوله: لما ذكر في الأول.

أقول: إن من الكافر لا يملك حتى ينعق.

٨/١٦٠

قوله: أجبر على البيع.

أقول: هذا صفة للكافر.

قوله: فإنه لا ينعق عليه.

حكم تملك
الكافر للمسلم
قهر ٣: ٥٩٥-٥٩٦

أقول: هذه العلة لا تنطبق على معلولها وهو جواز التملك القهري الابتدائي إلا أن يكون المراد من الجواز هو الجواز عند من يقول باعتبار الأصل المثبت حتى يكون قوله: «ولكنه لا يثبت» إيراداً عليه، فتدبر.

قوله: بعد تعارض دليل نفي السبيل.

أقول: فرض التعارض بينه وبين أدلة الإرث لا بد أن يكون مع الإغماض عن حكومة الأول على الثاني، كما أن قوله بعد ذلك: «ضرورة أنه إذا نفى الأرض» لا بد أن يكون بلحاظ حكومته عليه ولكن على مذاق المشهور؛ إذ قد مرّ منه ﷺ في صدر المسألة دعوى عدم العلم بحكومة الآية على سائر العمومات، أو يكون نظره في الفقرة الأولى إلى لحاظ الآية من حيث هي، وفي الفقرة الثانية إلى لحاظها بمعونة الشهرة على تقدّمها على غيرها.

٩/١٦٠

قوله: بل هو مقتضى الجمع.

أقول: يعني الانتقال إلى الإمام عليّ عليه السلام.

١٢/١٦٠

قوله: بل يفرق بين ما كان سببه اختيارياً وغيره.

أقول: باللاحق في الثاني وعدمه في الأول، ولعل المراد من التملك

القهري الناشئ من السبب الاختياري للمالك - على ما ذكره بعض الأعلام عليهم السلام -

شروط المتعاقدين / بيع العبد المسلم من الكافر ٢٩٣

هو: ما كان نظير ملك الصياد للصيد الذي يقع في المصيد بغير اختيار من الصياد وإن كان مسبباً عن الأمر الاختياري وهو نصب المصيد، وأمّا الناشئ من الأمر الغير الاختياري له فهو كما لو باع الكافر عبده لمسلم مع الخيار للمشتري، فأسلم العبد، ففسخ المشتري.

عدم استقرار
المسلم على
ملك الكافر
ووجوب بيعه
عليه ٣: ٥٩٦

١٣/١٦٠ قوله: بل يجب بيعه عليه.

أقول: مقتضى قوله بعد ذلك: «ومنه» أي من قوله: «أذهبوا فبيعهوه من المسلمين» يعلم أنّه لو لم يبعه باعه الحاكم أنّ عليه متعلّق يجب لا بالبيع؛ حيث إنّ العبارة المذكورة صريحة في أنّ البائع في المرتبة الأولى هو نفس المالك، وأنّ ولاية الحاكم على البيع مترتبة على امتناعه عنه، وعلى هذا لا بدّ أن يكون النظر في تعليقه بالحديث - مع أنّ مفاده أنّ المخاطب بالبيع غير المالك - إلى حملة على صورة عدم بيع المالك له وامتناعه عنه، ولو لدعوى كون ذلك هو الغالب، أو لتقديم إطلاق أدلّة السلطنة واعتبار الطيب على إطلاق الحديث في صورة عدم الامتناع، كما يدلّ عليه الاتفاق على الإيجاب الظاهر في أنّ ثبوت سلطنة البيع له، فتأمل. ويرشد إلى ذلك الحمل تعليق جواز بيع الحاكم على عدم بيع المالك.

١٤/١٦٠ قوله: للحاكم مطلقاً.

أقول: حتى مع عدم امتناع المالك عن البيع.

قوله: لكون المالك.

أقول: ويؤيّد ذلك إطلاق الأمر بالبيع في الرواية لكن يمنع من الأخذ به اتّفاقهم على إجباره على البيع إلّا أن يمنع الاتفاق؛ نظراً إلى أنّ لسان الفتوى أنّه يباع عليه.

١٤/١٦٠-١٥ قوله: ولذا ذكر فيها أنّه يباع عليه.

أقول: يعني لأجل عدم قابليّة الكافر للسلطنة على المسلم مطلقاً حتى

سلطنة البيع، ذكروا في عناوين الفتاوى أنه يباع عليه بصيغة المجهول لا يبيع بصيغة المعلوم؛ إذ لا وجه له إلا عدم قابليته لأنحاء السلطنة التي منها البيع.

قوله: كما يقدم على أدلة البيع. ١٧/١٦٠

أقول: هذا بناء على مذاق المشهور وإلا فقد تقدم منه ^{بشك} الإشكال في حكومته عليها.

عدم ثبوت
الخيار في
البيع المذكور
٣: ٥٩٧

قوله: على المتيقن. ١٩/١٦٠

أقول: يعني به التملك القهري الابتدائي، وعود الملك إليه بالخيار مغاير لذلك، فلا يجوز.

قوله: إنما حصل من كفره. ٢٠/١٦٠

أقول: لا من جعل الشارع حكماً ضرورياً في حقه.

قوله: لانتفاء المقتضي. ٢٢/١٦٠

أقول: يعني المقتضي لخروج العقد عن مقتضاه من جواز الرد بالعيب.

قوله: فهي على حكمها. ٢٣/١٦٠

أقول: من جواز التراد مع بقاء العينين.

قوله: أو مطالبته بسبب ناقل. ٢٤ - ٢٣/١٦٠

أقول: أي مطالبة الحاكم للكافر بإيجاد سبب ناقل لثمن العبد على نحو يمنع من الرجوع إلى الثمن المنقول بأن يكون الناقل لازماً كالبيع ونحوه.

قوله: إذا لم يلزم منه. ٢٤/١٦٠

أقول: ضمير «منه» راجع إلى كل واحد من الإلزام والمطالبة، أي إذا لم يلزم منهما الضرر والخسارة على الكافر من حيث المال.

قوله: لأن نفي السبيل.

أقول: يعني أن عموم نفي السبيل كافٍ في وجود المقتضي لخروج العقد عن مقتضاه - أعني: الخيار - ورفع اليد عنه؛ إذ القدر المتيقن خروجه عن هذا

المناقشة فيما
أفاده المحقق
الثاني
٣: ٥٩٨ - ٦٠٠

العموم منحصر بالملك القهري الابتدائي كالإرث، وأمّا غيره - ومنه الخيار - فلم يقيم دليل على خروجه منه، ولا ملازمة بين خروجه عنه وخروج الملك بالفسخ بالخيار، والعامّ المخصّص حجة في الباقي، ولازمه عدم الخيار. قوله: وعلى تقدير المقاومة. ٢٦/١٦٠

أقول: يعني عدم حكومة الآية على أدلة الخيار، فيتساقطان بالتعارض، فيرجع إلى أصالة بقاء الملك وعدم تأثير الفسخ. لا يقال: بناء على هذا التقدير يقع التعارض بينها وبين أدلة صحة العقد، وأدلة الارث أيضاً مثل أدلة الخيار، فبعد التساقط لا يكون العقد سبباً للملك كي يستصحب بعد الفسخ.

لأنّا نقول: قد تقدّم أنّ التملّك القهري الابتدائي قد خرج عن آية نفي السبيل، وأنّه ليس بمنفّي فيملك الكافر قهراً بالإرث، ولا منافاة بين بيع الكافر عبده المسلم من مسلم وبين نفي السبيل، فيصحّ بيعه منه، فيؤثّر ملكيّة المشتري، فبعد الفسخ يرجع إلى أصالة بقاء الملك، ولعلّ الأمر بالتأمّل في ذيل العبارة إشارة إلى ما ذكره بعد ذلك بقوله: «إلا أن يقال: إنّ مقتضى الجمع بين أدلة الخيار ونفي السبيل ثبوت الخيار والحكم بالقيمة».

قوله: جاز ردّ الثمن. ٢٨/١٦٠

أقول: يعني جاز للكافر ردّ الثمن، وعلّل الجواز في جامع المقاصد بأنّ إلزامه بالرضا تخيّر.

قوله: محلّ تأمل. ٢٩/١٦٠

أقول: محلّ التأمل من كلامه قوله: «جاز ردّ الثمن» الدالّ على ثبوت خيار العيب للكافر من حيث الردّ.

قوله: ولذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعق على المشتري، فتأمل. ٣١/١٦٠

أقول: يعني ولأجل أن استحقاق البدل يكشف عن استحقاق المبدل ويتفرّع عليه حكموا بسقوط خيار المجلس مطلقاً حتى بالنسبة إلى البدل في من ينعق على المشتري؛ إذ لو حكم بثبوت الخيار بالنسبة إلى البدل للزم استحقاقه للمبدل كما هو قضية الكشف والتفرّع، وهو منافٍ لعدم ملك من ينعق عليه إلاّ للانعقاد، والأمر بالتأمل يعلم وجهه بالمراجعة إلى حكم المسألة في خيار المجلس.

[• في نقل المصحف إلى الكافر]

٣٣/١٦٠

قوله: وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل.

أقول: وجه التأمل أن مجرد ملكية الكافر له من حيث هي مع عدم كونه تحت يده بل جعله عند مسلم أو في مساجد المسلمين لا ينافي احترامه، ومن هنا يظهر الحال في الفجور لو كان المنع في الأصل وهو العبد المسلم لأجل الاحترام، وأمّا كالغير ذلك فلا فحوى أصلاً، وأنت خبير بأنه بعد التأمل في ذلك الوجه لا يبقى وجه لتحسين عدم الجواز؛ إذ لا وجه له إلاّ هذا.

المشهور عدم
جواز نقل
المصحف إلى
الكافر
٣: ٦٠١-٦٠٢

شروط العوضين

- المالية
- كونه طلاقاً
- القدرة على التسليم
- العلم بقدر الثمن
- العلم بقدر المثل
- استحباب التفقه في مسائل التجارة
- تلقي الركبان
- حكم النجش
- المال المدفوع ليصرف في قبيل
- احتكار الطعام

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، وأفضل الصلاة والسلام على محمّد وآله
الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين.

[القول في شرائط العوضين]

[• المالية]

الاحتراز بهذا
الشرط عما لا
ينتفع به
منفعة
مقصودة
محللة ٤: ٩

٣/١٦١ قوله: والثاني ليس بمال شرعاً.

أقول: يعني به ما لا يحلّ منفعته المقصودة للعقلاء شرعاً، كما أنّه يعني من الأوّل ما لا منفعة فيه عرفاً.

الاحتراز بقيد
الملكية عن بيع
ما يشترك فيه
الناس ٤: ١١

٨/١٦١ قوله: ثمّ إنهم احترزوا باعتبار الملكية.

أقول: كان الكلام إلى هنا في اعتبار الماليّة ولم يتقدّم من اعتبار الملكية عين ولا أثر، فالصواب أن يشير إلى اعتبارها أوّلاً ثمّ يقول: واحترزوا بهذا الشرط عن بيع ما يشترك... إلى آخره.

ويتّجه عليه حينئذٍ الاستغناء عن ذلك باشتراط المالكيّة في المتعاقدين. ثمّ إنّ قوله: «لكون هذه كلّها» في مقام العلّة للاحتراز، وكيف كان، فيأتي الكلام في صحّة الاحتراز عن بيع الأرض المفتوحة عنوة وفساده عند التكلّم في دلالة الأخبار الواردة فيها التي نقلها المصنّف فيما بعد.

الاحتراز عن
الأراضي
المفتوحة عنوة
أيضاً ٤: ١١

١٢/١٦١ قوله: لعدم تملّكهم لمنافعها بالقبض.

أقول: هذا علّة لكلا الأمرين عدم كونها كالوقف على غير معيّنين، وعدم كونها من قبيل تملّك الفقراء للزكاة.

[أقسام الأرضين وأحكامها]

[أولاً: ما يكون موثاً بالأصالة]

١٨-١٧/١٦١

قوله: وعليه يحمل ما في النبوي.

إباحة التصرف
فيها بالإحياء
بلا عوض ١٣:٤

أقول: لما كان ظاهر هذا النبوي وما بعده - من كون ميتة الأرض بعد رسول الله ﷺ ملكاً لجميع المسلمين على ما هو قضية اللام فيهما - منافياً للنصوص المتواترة الدالة على كونها للإمام عليه السلام أجاب عنهما بحملهما على ما لا ينافي تلك الأخبار، وهو أن يكون المراد من كونها للمسلمين: كونها مباحة لهم التصرف فيها بالإحياء بلا عوض، فيكون مثل الملك في جواز التصرف، فيصح التعبير بالعبارة المذكورة في النبويين بنحو الاستعارة.

وإن شئت قلت: إن المراد من كونها لهم كونها ملكاً لهم بالإحياء الذي هو مملوك وسبب لملك المحيي - بالكسر - للمحیی - بالفتح - شرعاً إجماعاً كما صرح به في القسم الثالث، فجعلها لهم إنما هو بلحاظ جعل الإحياء سبباً لتملكهم.

ولا يخفى أن هذا الاحتمال الأخير وإن كان صحيحاً في نفسه إلا أن الظاهر أن المصنف رحمته الله لم يرد؛ لأن المصنف لم يقصد من الإحياء في قوله: «نعم أبيع التصرف فيها بالإحياء بلا عوض» كونه مملوكاً، بل تمام نظره إلى دعوى جوازه مطلقاً أعظم من كونه مملوكاً وعدمه، كما يشهد بذلك جعله صحيحة الكابلي منافية لإباحة الإحياء بلا عوض مع أنه ليس فيها دلالة على ملكية الإحياء.

ومن هنا ظهر أن قوله: «وربما يكون في بعض الأخبار» إيراد على ما ادّعاه من اعتبار العوض في جواز الإحياء بأن بعض الأخبار يدل على اعتباره فيه فيكون منافياً له؛ ولذا ذكره أولاً، ثم أجاب عنه بأمرين: أحدهما: ما ذكره بقوله: «ويمكن حملها على بيان الاستحقاق»،

ومحصّله: حمل وجوب دفع العوض فيها على الوجوب المشروط بطلبه عليه السلام ما يستحقّه من الأرض على المحيي وهو الخراج، وأمّا إذا لم يطلبه فلا يجب عليه أدائه إليه عليه السلام والمفروض عدم طلبه بل إسقاطه عن الشيعة إلى زمان الظهور على ما يدلّ عليه بعض الأخبار، وهذا لا ينافي نفي العوض في الإحياء كما ادّعاه المصنّف رحمته الله؛ إذ المراد منه نفي العوض الذي يجب ردّه إليه عليه السلام فعلاً بالوجوب المطلق ولو لم يطلبه.

وثانيهما: ما ذكره بقوله: «ويحتمل حملها على زمان الحضور فلا ينافي أيضاً نفي العوض»؛ إذ المراد منه نفيه في زمان الغيبة. هذا، ولا يخفى أنّه يأبى عن الحمل الثاني قوله عليه السلام في ذيل صحيحة الكابلي: «حتّى يظهر القائم عليه السلام» وقوله في ذيل روايه مسمع: «حتّى يقوم قائمنا عليه السلام».

١٨/١٦١ قوله: عاديّ الأرض.

أقول: قال ابن أبي جمهور: «عاديّ» منسوب إلى عاد بن شدّاد الذي ملك الدنيا كلّها، وتقدير الحديث كلّ أرض لم تعمر من زمانه فهي ^(١) لله ولرسوله... الحديث. انتهى.

٢٠/١٦١ قوله: وله ما أكل منها... الخبر.

أقول: آخر الخبر - على ما في إحياء الأموات من الوسائل وأحكام الأرضين من الوافي - هكذا: «فان تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمّرها وأحيّاها فهو أحقّ بها من الذي تركها، فليؤدّ خراجها إلى الامام عليه السلام وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام من أهل بيتي بالسيف، فيحويها ويمنعها ويخرجهم منها كما حواها رسول الله صلّى الله عليه وآله ومنعها إلّا ما كان في أيدي شيعة، فإنّه يقاطعهم على ما في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم.

قال في الوافي بيان: الخراج: ما يضرب على الأرض كالأجرة لها، وفي معناه المقاسمة، غير أن المقاسمة يكون جزءاً من حاصل الزرع، والخراج مقدار من النقد يضرب عليها، وقد يسمّى كلاهما بالقبالة. انتهى موضع الحاجة. والظاهر أن المراد من «الخراج» في مثل هذه الرواية ليس في موردها من يضرب الخراج ويعيّنه هو أجرة المثل.

قوله: ومصحّحة عمر بن يزيد. ٢١/١٦١

أقول: ذكر الحديث في خمس الوسائل هكذا: «قال: سمعت رجلاً من أهل الجبل يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل»، وعلى أيّ حال دلالة هذه الرواية على وجوب أداء الخراج في إحياء الأرض الموات بالأصالة الذي هو محلّ البحث إنّما هو من جهة إطلاق الأرض في الجواب الشامل لما نحن فيه، فلا يضّر اختصاص مورد السؤال بالموات العرضي.

قوله: كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: ما كان لنا فهو لشيعتنا. ٢٤/١٦١

توجيه هذه
الأخبار: ١٥١٤

أقول: فان قلت: قضية هذا النحو من الأخبار سقوط الخراج بالنسبة إلى الإمام الذي حلّله لشيعته، فلا يجدي في زمان الغيبة؛ لعدم ثبوت التحليل من إمام العصر عجل الله فرجه.

قلت: الظاهر من قوله في الأخبار: «ما كان لنا فقد أحلّنا لشيعتنا» بصيغة الجمع: أنّه سيرة تمام الأئمة عليهم السلام مع شيعتهم، وأنّ الذي حلّله الأمير عليه السلام وأسقطه عنهم إمام العصر عليه السلام.

وبالجملة: ما ذكر من التعبير إخبار عن حال تمام الأئمة عليهم السلام وقضية صدقه صدور التحليل عن إمام عصرنا عليه السلام أيضاً.

لا يقال: مقتضى ما ذكرت سقوط سهم الإمام من الخمس في أرباح مكاسبهم وغيرها لورود التعبير المذكور فيه أيضاً، مضافاً إلى عموم الموصول في العبارة المنقّدة.

لأنّا نقول: نعم، لولا مطالبة الإمام اللاحق بذلك بعد صدور التحليل من الإمام السابق كما في خراج أراضيهم عليه السلام، فإنّ مطالبة عليه السلام يكشف عن عدم تحليله، وأنّه مختصّ بالإمام الذي حلّله، وأنّه إخبار عن حاله فتأمل، فلا بدّ في سقوطه في كلّ زمان من تحليل إمام ذاك الزمان، وهو غير ثابت في زمان الغيبة، فتدبّر، وهذا هو السرّ في التفكيك بين خراج أراضيهم من أموالهم وبين نصف الخمس بسقوط الأوّل دون الثاني.

وكيف كان، فليس على الشيعة طسّق في الأراضي يؤدّونه إلى الإمام عليه السلام، وأمّا بالنسبة إلى غير الشيعة فالمدار في السقوط عنهم وعدمه على إفادة الإحياء لملك المحيي وعدمها، فإن كان مسلماً، فلا ريب عندهم في أنّه يملك بالإحياء فلا خراج عليه؛ لأنّ الخراج إنّما هو في ملك الغير لا في ملك نفسه، وإن كان كافراً ففي تملكه به إشكال وخلاف فيتبعه الإشكال في سقوط الخراج.

ويتّجه على هذا أولاً: مع ابتناء السقوط وعدمه على إفادته الملك وعدمها؛ لإمكان أن يكون عليه الطسّق مع دخوله في ملكه بالإحياء، بأن يكون عوضاً في التملك، إلّا أن يقال: بأنّ الطسّق أجرة الأرض فلا يمكن الجمع بينها وبين الملك، فتأمل.

وثانياً: سلّمنا صحّة الابتناء لكن لنا أن نمنع كون الإحياء سبباً للملك مطلقاً حتّى بالنسبة إلى الشيعة، وكونه سبباً للإباحة أيضاً بالنسبة إلى غير الشيعة خاصّة.

أمّا الأوّل فلا نّ سبباً له وإن كان يقتضيها ظاهر اللّام وعموم الموصول فيما تضمّنته جملة من الأخبار من قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، إلّا أنّه لا يجوز العمل بهذا الظاهر في مصحّحة عمر بن يزيد: «من أحيا أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسّقها يؤدّيه إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة»؛ نظراً إلى

عدم المعنى للجمع بين ملكية أرض لشخص وبين كون الطسق عليه حسب
الفرض، فإذا لم يكن سبباً للملك في مورد الرواية من كون المحيي مؤمناً ففي
غيره بطريق أولى، فلا بدّ من حمل اللّام في الرواية على صرف الأحقية.

وأما الثاني فلما في رواية مسمع من قوله **عَلَيْهِ السَّلَام**: «وأما ما كان في أيدي
سواهم^(١)، فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا عجل الله
فرجه... إلى آخره»؛ إذ لو أوجب الإحياء الإباحة فضلاً عن الملك لم يكن معنى
لحرمة كسبهم فيها إلى زمان الظهور.

ومن ذلك يعلم أنّ إحياء الموات الذي للإمام **عَلَيْهِ السَّلَام** لا يوجب - بمقتضى
صناعة الجمع بين الأخبار - إلا الإباحة في خصوص ما إذا كان المحيي شيعتاً،
وأما الطسق والخراج فهو على المحيي مطلقاً غاية الأمر أسقطوه - عليهم
الصلاة والسلام - عن الشيعة بمقتضى أخبار التحليل دون غيرهم.

قوله: وفي رواية مسمع. ٢٤/١٦١

أقول: رواها في خمس الوسائل عن التهذيب كما في المتن، وعن الوافي
بزيادة بين لفظة «طسق» وبين «ما كان في أيدي سواهم» وهي قوله: «ما كان
في أيديهم ويترك الأرض في أيديهم».

وكيف كان، «الطسق» بمعنى الخراج. «وصغره» - بالفتحات الثلاث،
بالغين المعجمة كما في الكافي وبعض نسخ التهذيب -: جمع صاغر بمعنى
الذليل، وبالفاء بدل الغين كما في بعض نسخ التهذيب: من الصّفر بمعنى الخالي.

قوله: نعم ذكره في التذكرة. ٢٦/١٦١

أقول: استدراك ممّا ذكره من إسقاطهم طسق الأرض عن الشيعة.

قوله: بل الأخبار متّفقة على أنّها لمن أحيّاها. ٢٧/١٦١

أقول: قد عرفت الإشكال في دلالتها بعد الجمع بينها على أزيد من

الإباحة لخصوص الشيعي.

[ثانياً: ما يكون عامراً بالأصالة]

٣٢/١٦١ قوله: كما يملك الأموات بالإحياء.

هل تملك
بالحيابة أم لا؟
١٧ : ٤

أقول: قد مرّ الإشكال في إثبات ذلك بالأخبار في الشيعي فضلاً عن

غيره.

قوله: فدخل في عموم النبوي ﷺ من سبق.

أقول: عموم النبوي لمثل المقام ممّا سبقه ملك الإمام عليه السلام ممنوع،
لانتفاء الموضوع؛ إذ المفروض كونها له عليه السلام فلا يجوز السبق إليه لقوله عجل الله
فرجه: «لا يجوز لأحد أن يتصرّف في مال غيره إلّا باذنه، فكيف بماننا؟!».

ولا مجال لدعوى أنّ المراد من «المسلمين» فيه عدا الإمام عليه السلام فيعمّ
أمله عليه السلام أيضاً؛ ضرورة فسادها من جهات، منها: لزوم حلّية تمام أمواله عليه السلام
لمن سبق عليها، وأضعف من التمسك به في المقام: التمسك به في اللقطة لأجل
إثبات أحقية الملتقط السابق بها للعلم بأنّه سبقه مسلم آخر في الملكية فيما إذا
علم أنّها للمسلم، بل لا وجه له إلّا جعل المراد من المسلم فيه المعلوم بالتفصيل
وهو كما ترى فاسد.

ويمكن أن يقال: إنّّه وإن كان خارجاً عن النبويّ موضوعاً في حدّ نفسه
إلّا أنّه يندرج فيه بعد ملاحظة أنّه يباح للشيعية التصرف فيه لقوله: «ما كان لنا
فهو لشيعتنا»، فيؤثّر السبق فيه الملك، فالأقوى أنّه يملك بالحيابة إذا كانت من
الشيعية، فتدبرّ.

[ثالثاً: ما عرض، له الحياة بعد الموت]

٣٣/١٦١ قوله: فيصير ملكاً بالشروط المذكورة في باب الإحياء.

٣ - ما عرضت
له الحياة بعد
الموت ١٧ : ٤

أقول: وهي خمسة:

أحدها: أن لا يكون عليها يد مسلم.

ثانيها: أن لا يكون حريماً لعامر من بستان أو دار أو قرية أو مزرع أو غير ذلك ممّا يتوقّف الانتفاع بالعامر عليه، كالطريق والشرب وحریم البئر والعين والحائط.

ثالثها: أن لا يكون مشعراً للعبادة كعرفات ومنى ومشعر.

رابعها: أن لا يكون ممّا أقطعه إمام الأصل.

خامسها: أن لا يسبق إليه سابق بالتحجير.

قوله: بإجماع الأمة.

هذا القسم ملك
للمحيي ٤: ١٧

أقول: لا حجّة فيه مع احتمال الاستناد فيه إلى بعض الأخبار الذي عرفت الخدشة فيه بمعارضته لبعضها الآخر، إلّا أن يناقش في حجّة المعارض بإعراض الأصحاب وعدم عملهم بمقتضاه، فيعمل بما دلّ على حصول الملك بالإحياء، وقضيّة عموم الموصول في بعضه عدم الفرق بين كون المحيي مؤمناً أو مسلماً أو كافراً.

قوله: لكن ببالي من المبسوط كلام.

٣٤/١٦١

أقول: قيل يمكن أن يكون مراده منه ما يحكيه عنه فيما بعد، بل مراده منه ما حكاه في الجواهر في كتاب إحياء الموات في ذيل قول المحقّق رحمته في مباحث ما يتحقّق به الإحياء ومن فقهاءنا من يسمّي التحجير إحياء من قوله قال في الأوّل - يعني في المبسوط -: إذا حجر أرضاً لم يصحّ بيعها، ومن الناس من قال: يصحّ وهو شاذّ عندنا، فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء وإنّما يملك التصرّف بشرط أن يؤدّي للإمام ما يلزم عليها، وعند المخالف لا يجوز؛ لأنّه لا يملك بالتحجير مثل الإحياء، فكيف يبيع ما لا يملك؟ انتهى.

ثم قال في الجواهر: ونحوه عن المهدّب والسرائر وهو كالصريح في اتحاد مفاد التحجير والإحياء وإن اختلف مسماها والله العالم. انتهى.

أقول: وهو كما ذكره صاحب الجواهر رحمته كالصریح في أنّ فائدة الإحياء متّحدة مع فائدة التحجير، أعني: ملك التصرف دون الرقبة وإن اختلف معناهما، وأنّ معنى الإحياء غير معنى التحجير، فحينئذ يكون التعبير بالإشعار لأجل بعد العهد بعبارة المبسوط.

قوله: فإن كانت أصلية فهو للإمام عليه السلام.

أقول: فيما لم يحزه أحد وحازها، لكن قلنا بأنّها لم تملك بالحيازة، وإلاّ فحالها حال ما كانت العمارة من معمر في بقائها في ملك مالکها الأوّل، أو خروجها عنه.

[رابعاً: ما عرض له الموت بعد العمارة]

قوله: منشؤه اختلاف الاخبار. ١/١٦٢

أقول: لأنّها على طائفتين:

٤ - ما عرض له
الموت بعد
العمارة: ١٧-١٨

ظاهر إحداهما يدلّ على بقائها في ملك المعمر الأوّل، وهي رواية سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرّها ويزرعها، ماذا عليه؟ قال: الصدقة: قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال عليه السلام: فليؤدّ إليه حقّه»، فإنّ إثبات حقّ لصاحبها الأوّل على الثاني ظاهر في بقائها في ملكه.

ورواية معاوية بن وهب، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «أيما رجل أتى خربة بائرة» إلى أن قال: «فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخربها، ثمّ جاء بعد يطلبها فإنّ الأرض لله ولمن عمرّها»؛ بناء على أن المراد من الجزء الذي حذف وأقيم العلة مقامه هو لزوم الردّ إلى الطالب.

وظاهر الطائفة الأخرى: كونها للمعمر الثاني، وهي مضافاً إلى إطلاق جملة من الأخبار: صحيحة الكابلي المتقدّمة إذ فيها: «فإن تركها وأخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرّها وأحيّاها فهو أحقّ بها من الذي

تركها، فليؤدّ خراجها إلى الإمام عليه السلام من أهل بيتي، وله ما أكل منها حتى يظهر القائم عليه السلام... الخبر».

ورواية ابن وهب المتقدمة، بناء على كون الجزاء المحذوف مثل قوله: «فليس له ذلك» أي طلبها من المعمر الثاني، ولعلّ هذا هو الظاهر؛ إذ الظاهر ممّن عمرها هو المعمر بالفعل فتأمل.

والظاهر من صاحب الوسائل في عنوان الباب الذي ذكر فيه تلك الأخبار حمل الرواية الأولى على الأرض التي كانت للسابق على المحيي الثاني بغير وجه الإحياء، ومقابلها على ما كانت له بالإحياء. وفيه: أنّه لا شاهد عليه من الأخبار.

وقال بعض الأعلام في مقام الجمع ببقائها في ملك المعمر الأوّل مع عدم جواز مزاحمته للمعمر الثاني ما دام باقياً على عمارته، بل ما دام عمارته باقية فيها؛ بدعوى أنّ الرواية الأولى نصّ في نفي الملك عن الثاني بخلاف ما يدلّ على إثبات الملك له؛ فإنّه ظاهر بلحاظ ظهور اللّام في الملك، فيحمل على مجرّد الاختصاص الأعمّ من الملك.

وفيه: منع نصوصية الأولى فيما ذكره؛ لأنّها فرع نصوصيتها في كونها للأوّل المنتفية فيها؛ لأنّ دلالتها عليه إنّما هي بواسطة كون إضافة «الحقّ» بمعنى اللّام وظهورها في الملك، فدلالة كلا الطرفين مستندة إلى ظهور اللّام. هذا إذا أريد من الحقّ فيها نفس الأرض، وأمّا لو أريد منه أجره الأرض، فتكون نصّاً في كون الملك للأوّل لا الثاني؛ لعدم قابليّته حينئذٍ للتصرّف والتأويل إلى ما يلائم كونه للثاني؛ لعدم احتمال ثبوت شيء بعنوان الأجرة على الثاني مع كون الملك له وجوباً كما هو ظاهر الأمر بالأداء، أو ندباً كما قد يحتمل، لكن الشأن في إرادته.

ويمكن أن يجمع بينهما بحمل الأولى على صورة عدم إعراض المعمر

الأوّل عنها، والباقي على صورة الإعراض مع الالتزام بكونه سبباً لزوال الملك عرفاً، عكس الحيازة، مع عدم الردع عنه شرعاً، بدعوى ظهور صاحب في قوله فيها: «فإن كان يعرف صاحبها» في صاحب الفعلي، وظهور قوله في سائر الروايات «تركها» و«أخربها» في الإعراض عنها بالمرّة، ولا أقلّ من عموم هذه الصورة فيختصّ بالرواية الأولى.

والأولى من ذلك أن يقال: إنّ الثاني أحقّ بالأرض من الأوّل بحيث لا يجوز له مزاحمته، ولكن له على الثاني قيمة الأرض بأن يراد من «الحق» في رواية سليمان: قيمة الأرض لا نفسها ولا أجرتها؛ وذلك لأنّ صحيحة الكابلي نصّ في أحقية الثاني برقبة الأرض الملازمة لسلب حقّ الأوّل عنها، وغاية مدلول رواية سليمان: ثبوت الحقّ للأوّل، وأمّا أنّه رقبة الأرض وأجرتها أو قيمتها، فلا دلالة لها عليه، بل بالقياس إليه مجعلة، فيؤخذ بالقدر المتيقّن، أعني: مالية الأرض، وهو عبارة عن القيمة حال الخراب.

لو كانت
العمارة فيها
من المسلمين
٤ : ١٨

٢/١٦٢ قوله: على أحد القولين.

أقول: هذا القيد راجع إلى خصوص زوال الملك بطرّو الخراب، والقول الآخر: عدم زواله به، وقد أشار إلى هذين القولين في السابق بقوله: «ففي بقائها على ملك معمرها...»، وقد عرفت أنّ الأظهر هو الزوال به.

٣/١٦٢ قوله: يزول بما يزول به ملك المسلم.

أقول: من النقل وطرّو الخراب على قول قويناه. وقوله: «بالاغتنام» عطف على الموصول.

حكم ما ملكه
الكافر من
الأرض ٤ : ١٨
١- رواية أبي
بردة ٤ : ١٩

٦/١٦٢ قوله: فهي... إلى قوله: للمسلمين.

أقول: في الجملة إمّا بتمامها كما قيل، أو ما عدا خمسها كما هو المشهور.

٧/١٦٢ قوله: في رواية أبي بردة... من يبيعها.

أقول: الاستفهام للإنكار، وهي أرض المسلمين بيان لوجه الإنكار.

وضمير «حقّه» و«منه» راجع إلى البائع المستفاد من صدر السؤال. وضمير «فيها» و«إليها» راجع إلى الأرض. وضمير «يحوّل» و«إليه» راجع إلى المشتري المستفاد من قوله: «ولا بأس أن يشتري حقّه» أي حقّ البائع من الأرض. وضمير «خراجهم» راجع إلى المسلمين. وسيأتي الكلام في بيان المراد من الحقّ في هذه الرواية، وقد ذكرها في الوسائل في الجهاد في باب حكم الشراء من أرض الخراج والجزية.

٨/١٦٢

قوله: وفي رسالة حمّاد الطويلة.

٢- مرسلة
حمّاد ٤: ٢٠

أقول: لعلّ نظره دلالتها على ما ذكر هذه الأخبار لأجل الاستشهاد بها عليه من كون الأراضي المعنونة من الكفار ملكاً لتمام المسلمين إلى ما ذكره في ذيلها في صرف الخراج في مصلحة العامة، وإلا فلا دلالة لها عليه. ثم إنّ الرسالة طويلة قد ذكر في الوسائل مقداراً منها في باب كيفية قسمة الغنائم من كتاب الجهاد، ومقداراً منها في باب الأنفال من كتاب الخمس، ومقداراً منها في باب بيان مقدار الزكاة في الغلات من العشر ونصف العشر من كتاب الزكاة.

قوله عليه السلام في رواية الحلبي: «إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين».

٣- صحيحة
الحلبي ٤: ٢٠-٢١

١٥-١٤/١٦٢

أقول: يعني إلا أن تأخذ الأرض من الدّهّاقين ملتزماً على أن تبقىها في ملك المسلمين، ويكون ذلك في قبال ما بذلته من الثمن ما كان لهم من الأولوية، ويحتمل أن يكون المعنى: إلا أن تشتري نفس الأرض بحيث يكون الثمن بإزاء رقبة الأرض بشرط أن تصيرها للمسلمين، في كون الأجرة عليك كما كانت عليهم قبل الشراء.

ثم إنّ ظاهر قوله: «فإن شاء وليّ الأمر» تزلزل العقد وثبوت الخيار لوليّ الأمر، فيكون مخصّصاً لأدلة لزوم المعاملة.

ثم إن هذه الرواية وجميع ما بعدها من الروايات الثلاث ذكرها في الوسائل في باب اشتراط اختصاص البائع بملك المبيع من أبواب كتاب التجارة.

١٦/١٦٢ قوله: في رواية ابن شريح فكرهه. ٤- رواية ابن

شريح: ٢١

أقول: المراد من الكراهة هنا بقرينة قوله: «إنما أرض الخراج للمسلمين» بعد ضمّ عدم جواز التصرف في مال الغير هو الكراهة البالغة حدّ الإلزام بالترك، ومعنى قوله: «فإنه يشتريها الرجل» أنه يشتريها لا على نحو شراء سائر الأراضي، بحيث لا يكون عليه شيء، بل إنما يشتريها على أن يكون خراجها عليه، فلا يتفاوت الحال فيما يرجع إلى المسلمين من الخراج بين ما قبل الشراء وما بعده، فأجابه عليه السلام بالجواز في هذا الفرض.

وأما قوله عليه السلام: «إلا أن يستحيي من عيب ذلك» فالوجه فيه: أن الظاهر أن مورد السؤال في هذه الرواية الأرض المأخوذة بالصلح بأن صالح الإمام عليه السلام الكفار أراضيهم على أن يعطوا خراجها من الأرض، فإن الجزية تارة توزع على الرؤوس، وأخرى على الأرض.

فعلى الأوّل تكون الأراضي المعمورة لهم لو كانت في دار الإسلام لو قلنا بعدم اعتبار الإسلام في الملك بالإحياء، فلو نقلها ملاكها لا تؤخذ الجزية من المشتري بل تؤخذ من البائع؛ لأنّها موزّعة على الرؤوس لا دخل لها بالأراضي.

وعلى الثاني فكذاك، إلا أنّه لو نقلها ملاكها يجب على المشتري دفع الجزية ولو كان مسلماً، فإنّها موزّعة على رقاب الأراضي، فتدور معها حيث دارت، فيجب على المسلم المشتري أيضاً دفع الجزية، فقوله عليه السلام: «إلا أن يستحيي» إشارة إلى أن هذا القسم من الأرض لا بأس بشرائها إلا أن يستحيي المشتري من العيب الوارد عليه من شرائها، وهو صيرورته مثل الكفار في دفع

الجزية، فإنّ هذا عيب على المسلم فلا يشتريها حينئذٍ أيضاً، والظاهر أنّ المنع على هذا تنزيهي.

١٧/١٦٢

قوله ﷺ: ورواية إسماعيل.

أقول: صدرها: قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أرضاً من أرض أهل الذمّة من الخراج وأهلها كارهون، وأنّما يقبلها السلطان لعجز أهلها عنها أو غير عجز؟ فقال: إذا عجز أربابها عنها فلك أن تأخذها إلا أن يضارّوا، وإن أعطيتهم شيئاً فسخت أنفس أهلها لكم فخذوها. قال: وسألته» إلى آخر ما في المتن، وقد نقل صدرها الذي ذكرناه في الوسائل في الجهاد في باب أحكام الأرضين.

ثم إنّ المراد من نزولهم الأرض: نزولهم فيها لأجل الزراعة، والمراد من البيوت: يحتمل أن يكون ما بناه النّازلون، ويحتمل كونها موجودة في الأرض فاشتراها معها، قال في مرآة العقول في شرح قوله: «يشارطهم» ما لفظه: قيل: إنّما شرط الاشتراط؛ لأنّ سكناهم غالباً يكون في أجره عملهم.

وعلى أي حال لا ريب أنّ الاشتراط وتعيين الأجرة أدفع للنزاع وأقرب إلى الصّحّة، وقال الفاضل الاستربادي: إنّ المراد القسم الذي هو فيء للمسلمين، والمراد من قوله: «يشارطهم»: تعيين قدر الأجرة. انتهى.

وعلى ما ذكره الفاضل يكون الشرط شرطاً لحليّة ما يريد أخذه منهم، فكأنه عليه السلام قال في جوابه: نعم، له أن يأخذ منهم أجره البيوت لكن في الجملة لا مطلقاً، ولو كانت أزيد من أجره المثل، فلو أراد جواز أخذها مطلقاً فيشارطهم، فكلّ ما أخذه بعد شرطه وتعيينه فهو حلال له بلغ ما بلغ بخلاف ما إذا لم يشارطهم، فإنّه لا يحلّ إلا مقدار أجره المثل.

وكيف كان، فلا دلالة لهذه على كون الأرض التي فتحت عنوة أو مطلق أرض الخراج للمسلمين، فلا وجه لذكرها في عداد تلك الأخبار.

٥ - رواية
إسماعيل بن
الفضل ٢١: ٤

١٩- ١٨/١٦٢ قوله: وفي خبر أبي الربيع: لا تشتري من أرض السواد. ٦- خبر أبي الربيع ٤: ٢١

أقول: نسخ الرواية مختلفة، ففي الوسائل كما في المتن، وفي الحقائق ومحكي نسخة من الوافي: «لا تشتروا» بصيغة الجمع المخاطب، وفي الفقيه: «لا يشتري» بصيغة المفرد الغائب، وعن حواشي التقي المجلسي رحمته الله على الفقيه ما صورته: أي لا يشتري من الأراضي المفتوحة عنوة إلا مسلم أو معاهد يؤدي الخراج لا الحربى الذي لا يؤدي الخراج، ويمكن الاستثناء من الكفار. انتهى. وعن حواشيه في توضيح قوله عليه السلام: «فإنما هي فيء للمسلمين» ما صورته: فلا يجوز بيعه إلا ممن يؤدي الخراج إليهم. وفي الوافي - بعد نقل الخبر - قال: بيان: ذمة، أي عهد وكفالة.

١٩/١٦٢ قوله: وظاهره كما ترى عدم جواز بيعها.

ظاهر الأخبار
عدم جواز
البيع ٤: ٢٢

أقول: يعني ظاهر ما تقدم من الأخبار، فالضمير راجع إلى جميع الأخبار المتقدمة لا إلى خصوص الخبر الأخير كما قد يتوهم، وأنت خير بأن مقتضى التأمل في هذه الأخبار ظهورها في إناطة البيع منعاً وجوازاً على سقوط الخراج عن أهل الأرض على نحو تكون كسائر ما بيده من أملاكه من الأراضي وغيرها مما ليس عليه شيء بإزاء التصرف فيه فلا يجوز، وعدم سقوطه بل يكون على المشتري بعد الشراء كما كان على البائع قبله فيجوز، فبتلك الأخبار الدالة على الجواز على التقدير الثاني يقيد إطلاق رواية إسماعيل لو كان لها إطلاق يعم كلا الفرضين، مع أنه ليس لها ذلك لأنها - صدرأً وذيلأً - واردة مورد حكم آخر، وهو جواز الشراء من السلطان مع كراهة أهل الأرض كما في الصدر، وجواز أخذ الأجرة على البيوت ممن نزل فيها فلعل الشراء في موردها كان بالنحو الثاني، وإطلاق خبر إبراهيم بن زياد، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشراء من أرض الجزية؟ فقال: اشتر، فإن لك من الحق أكثر من ذلك».

وأما تعليقه في الذيل ففيه اجمال لا بد من التأمل في فهمه، وبها أيضاً

يخصّص ما يدلّ على اعتبار الملك في البيع، بل هي حاكمة عليه مثل قوله: «لا بيع إلّا في ملك»، بل يمكن القول بعدم التخصيص والحكومة بدعوى عموم الملك فيه لمثل ما يكون للبائع في هذه الأراضي من الاختصاص والأولوية مع كون المبيع مالاً كما فيما نحن فيه، بل يمكن القول بحصول الملك للبائع بالسبق بقصد الحيازة، ومع البناء على أداء الخراج، نظراً إلى عموم من سبق مع عدم التنافي بين الملك للحائز والملك للمسلمين، بمعنى صرف خراجها في مصالحهم العامة.

ولعلّه بما ذكرنا في مفاد الأخبار يرتفع إجمال خبر حريز عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعتَه يقول رفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجل مسلم اشترى أراضي الخراج، فقال أمير المؤمنين عليه السلام له: ما لنا وعليه، ما علينا مسلماً كان أو كافراً له ما لاجل الله وله ما عليهم» بأن يقال: إنّ معناه: أنّ ما يجوز لنا من الشراء مع الالتزام بالخراج يجوز لذاك المشتري، وما لا يجوز علينا وهو الشراء بدون الالتزام به لا يجوز عليه.

٢٠/١٦٢

قوله: نعم يكون للمشتري.

أقول: سوق الكلام أن يكون هذا استدراكاً من قوله: «على أن يكون»^(١) جزءاً من المبيع» يعني: وأمّا بيعها تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن يكون تمام المبيع هو الآثار، ويكون الأرض للمشتري على وجه كانت للبائع إلى آخره بطور التبعية الصرفة بأن كان ذلك بنحو الاشتراط، بل بعدم اشتراط عدم التبعية، فيجوز؛ لوجود مقتضى وعدم المانع، أمّا بالقياس إلى نفس الآثار فواضح، وأمّا بالقياس إلى حقّ الأولوية فكذلك.

بل يمكن القول بجواز نقل نفس حقّ الأولوية مجرداً عن الآثار لقوله عليه السلام في رواية أبي بردة: «لا بأس أن يشتري حقّه» بناء على كون المراد

ثبوت حقّ الأولوية فيها للمشتري ٢٢:٤

من «الحق» الأولوية لا الآثار كما هو الظاهر؛ إذ لم يتقدّم للآثار ذكر في السؤال، مع أنّ حملته على الآثار منافٍ لإطلاقه وموجب لتقييده بصورة وجود الآثار، ولا ينافي ذلك التعبير «بالاشتراء» بلحاظ أنّ الحقّ غير قابل للاشتراء، فلا بدّ من إرادة الصلح وهو خلاف الظاهر.

وجه عدم المنافاة: أنّ التعبير به إنّما هو لصرف الازدواج ولمناسبة التعبير بالبيع قبله، فلا ظهور له فيما ذكر.

هذا، ولكن الظاهر من الحقّ بقرينة من في قوله: «منها» الظاهرة في التبعية هو رتبة الأرض لا الأولوية، فتدبرّ جيّداً.

قوله: كما إذا كان التصرف بتقبيل السلطان الجائر. ٢١/١٦٢

أقول: هذا مثال لمورد إجازة الامام عليه السلام.

قوله: لكن ظاهر عبارة المبسوط إطلاق المنع. ٢٢/١٦٢

أقول: يعني الإطلاق الشامل لحالة الغيبة أيضاً.

ثمّ إنّ هذا استدراك من قوله في السابق: «نعم يكون للمشتري» من ثبوت الأولوية وحقّ الاختصاص للبائع في الأرض بالتصرف وإحداث الآثار، فإنّه إذ لم يجز التصرف فيها حتّى إحداث الآثار، وكان وجوده باطلاً كعدم لما يبقى ما يوجب الأولوية وحقّ الاختصاص حتّى ينتقل الى المشتري تبعاً لانتقال الآثار.

قوله: وقال في الدروس. ٢٤/١٦٢

أقول: هذا ثاني الأقوال في المسألة، وهو على ما سنبينه في وجه النظر في نسبة التفصيل إليه بقوله: «بل الظاهر... إلى آخره»، التفصيل الموافق لفتوى جماعة بين بيعها تبعاً للآثار على نحو تدخل في ملك المشتري فيجوز، وبين بيعها على الاستقلال مجردة عن الآثار فلا يجوز، فعلى هذا يكون المراد من البيع أو الوقف في قوله: «سواء كان بالبيع» هو بيع الأرض ووقفها تبعاً للآثار.

ظاهر عبارة
المبسوط عدم
جواز التصرف
فيها مطلقاً
٢٢ : ٤

كلام الشهيد
في الدروس ٢٣: ٤

كما أن قوله: «وقد ينسب إلى الدروس» إشارة إلى قول ثالث في المسألة بزعم الناس، وهو التفصيل بين زمان الغيبة فيجوز استقلالاً، وبين زمان الحضور فلا يجوز كذلك إلا بعد الإذن من الامام عليه السلام، فيكون المراد من البيع والوقف في قوله المذكور: بيع الأرض ووقفها مجردة عن الآثار.

وفي المسألة قول رابع، وهو جواز بيعها مطلقاً، نسبه في البلغة إلى السبزواري في الكفاية وصاحب مفتاح الكرامة.

٢٥/١٦٢

قوله: نعم في حال ينفذ ذلك.

أقول: يعني بلا إذن من الامام عليه السلام، ولعل نظره في ذلك إلى دعوى الجزم بعدم تعطيل الأرض في زمان من الأزمنة، ولازم ذلك سقوط اعتبار الإذن في زمان الغيبة لأجل التعذر، وإلا لزم التعطيل المعلوم خلافه.

قوله: وأطلق في المبسوط.

أقول: يعني أطلق في عبارته السابقة عدم جواز التصرف بالنسبة إلى زمني الحضور والغيبة، وقد مرّ حمله على صورة عدم الإذن في حال الحضور، فيرجع إلى تفصيل الدروس على ما تقتضيه عبارته المحكية هنا.

٢٦/١٦٢

قوله: وقد ينسب إلى الدروس.

أقول: عبارة الدروس التي حكاها المصنّف قبيل ذلك ظاهرة في هذا التفصيل المنسوب إليه، ولكن قيل: إنه حكى عنه أن في عبارته كلاماً يدل على كونه موافقاً للغير، فلا بدّ من الملاحظة.

٢٨/١٦٢

قوله: قال في المسالك في شرح.

أقول: الغرض من نقل عبارته الاستشهاد على ما ذكره من أن فتوى جماعة في المسألة جواز بيع أرض الخراج ونقلها تبعاً للأثر.

١/١٦٣

قوله: إن أرادوا الانتقال.

أقول: يعني إرادته من الملك في قولهم بحصول الملك تبعاً للأثار.

نسبة التفصيل
إلى الدروس
والمناقشة في
النسبة ٤: ٢٣

ظهور كلام
الشهيد الثاني
في جواز البيع
تبعاً للأثار ٤: ٢٣

المتيقّن ثبوت
حق الاختصاص
للمتصرف لا
الملك ٤: ٢٥

٣٤/١٦٢ قوله فيما حكاه عن الشيخ رحمته: لأنّ لنا في ذلك قسماً.

ظهور كلام
الشيخ
الطوسي في
جواز بيع نفس
الرقبة؛ ٢٤

أقول: يعني لأنّ لنا في ذلك الأرض حصّة؛ لأنّها للمسلمين ونحن من المسلمين، ولا يخفى ما في هذه العلة من التأمل، فتأمل.
قوله: على هذا الوجه.

أقول: لم أفهم المراد من هذا.

١/١٦٣ قوله: ودليله قرينة على توجيه كلامه.

أقول: يعني من الدليل رواية أبي بردة، والوجه في كونه قرينة على توجيه كلامه الظاهر في جواز بيع رقبة الأرض المفتوحة عنوة بالاستقلال بحمله على بيعه تبعاً للآثار: دعوى ظهور الرواية في عدم جواز بيع رقبتها وأنّ الجائز هو بيع الآثار، بأن يراد من حقّ البائع فيها ما أحدثه من الآثار.

ولكن نبّهنا سابقاً أنّ الظاهر من كلمة «من» في «منها» الظاهرة في التبعية أنّ الحقّ أيضاً من الأرض لا الآثار المحدثّة، ولا الأولويّة؛ إذ المناسب له حينئذٍ تبديل «من» بـ«في»، فكانّ الأرض بواسطة تعلّق الخراج بها مشتركة بين البائع وبين سائر المسلمين، بمعنى صرف خراجها في مصارفهم، فعلى هذا لا يبقى لها دلالة على عدم الجواز، بل يدلّ على الجواز مع الالتزام بالخراج.

المتيقّن ثبوت
حق الاختصاص
للمتصرّف لا
المالك؛ ٢٥

قوله: نعم المتيقّن هو ثبوت حقّ الاختصاص.

أقول: لا موجب لذلك للمتصرّف إلّا حديث السبق إذا قصد التملّك بالتصرّف أو بمجرد الاستيلاء مع البناء على أداء الخراج من ارتفاعها، أو فيما إذا لم يقصد عدم التملّك وإن لم يقصد التملّك أيضاً كما هو واضح، وقضيّة الملك لو لم يمنع مانع عقليّ أو شرعيّ، ولا مانع في المقام إلّا كونها للمسلمين بملاحظة توهم التنافي بينه وبين كونها للمتصرّف، ولا تنافي بينهما؛ إذ كونها له على نحو يكون خراجها عليه لا ينافي كونها لهم بمعنى صرف ارتفاعها في

مصارفهم العامة، فلا يكون هو مانعاً، فتكون ملكاً له، فيجوز بيعه بمقتضى القاعدة والأخبار، إلا إذا أوجب فوت الخراج، فافهم.

قوله: فلا ينبغي الإشكال في توقّف التصرف على إذن الإمام عليه السلام. ٣/١٦٣
أقول: ينبغي الإشكال فيه؛ لقوّة انصراف أدلّة حرمة التصرف في مال الغير بدون إذن منه أو من وليّه عن هذا النحو من المال والملك، الذي تقدّم أنّه ليس له معنى إلاّ صرف ارتفاع الأرض وخراجها في المصالح العامة للملّك، فيرجع إلى أدلّة الإباحة فيما يشكّ في حرمة المقتضيه للجواز مع عدم الإذن من أحد في حال الحضور والغيبة، لا من الإمام عليه السلام ولا من الحاكم ولا من الجائر.

توقّف التصرف
على إذن
الإمام عليه السلام في
زمان الحضور
٤ : ٢٥

قوله: فله نقلها عيناً ومنفعة.

أقول: إن كان النقل راجحاً في نظره بالقياس إلى إبقائها وصرف خراجها في مصلحة المالك.

قوله: أو جوازه مطلقاً. ٥/١٦٣
أقول: يعني حتى بدون إذن الحاكم والجائر، وقد حكى القول بذلك عن المحقّق القميّ في أجوبة مسائله، والراقي الكبير وابنه.

حكم التصرف
في زمان
الغيبة: ٢٥-٢٦

وقد يرد ذلك بما تقدّم حكايته عن الشهيد الثاني - في مسألة الخراج والمقاسمة - من كونه خلاف الإجماع، ولكنّه منقول بالنسبة إلينا، وأمّا ما علّله به المصنّف بقوله: «نظراً إلى عموم ما دلّ على تحليل» فيمكن المناقشة فيه بأنّه مختصّ بما كانت الأرض من أموالهم عليهم السلام ولاية النظر فيها فالعمدة أدلّة أصالة الحلّ في المشكوك حليّته وحرّمته، فتدبّر.

قوله: وخصوص رواية سليمان بن خالد. ٩/١٦٣

أقول: قد مرّ نقلها، ووجه الخصوصية فيها كون موردها الأرض الخربة بعد العمارّة، وإن كانت أعمّ من حيث كونها من المفتوحة عنوة أو من غيرها.

١٠/١٦٣ قوله: ومّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة.

أقول: ومّا ذكرنا من انصراف أدلة حرمة التصرف في ملك الغير إلى غير هذا النحو من أملاك يعلم جواز التصرف فيها بالفصل والتملك لما ينفصل منها؛ لدليل سبق وغيره من أدلة الحيابة ما لم يرد على الأرض وما فيها من الأشجار ضرر يوجب نقص الخراج، وهذا هو السّر في استمرار السيرة خلفاً عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق لو سلّمنا تحقّقها عليه فيها مع العلم بعملها من تربة الحياة منها التي هي ملك المسلمين؛ ضرورة عدم إحراز كونها من الميحية حال الفتح، وكون ذلك أحد أطراف العلم الاجمالي لا يجدي مع خروج ما عداه من الأطراف عن محلّ الابتلاء، ومن هنا تظهر الخدشة في جعله عليه السلام السيرة مؤيدة بل دليلاً على كون المنفصل من أرض الخراج في حكم المباحات، فالعمدة ما ذكرنا.

١١/١٦٣ قوله عليه السلام: فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث.

أقول: يعني من القاعدة الاستصحاب، ومّا يحدث بعد الفتح: ما يصير من المنقول بعد الفتح بعدما كان من غيره حاله مثل الآجر والترب والكوز والأشجار بعد قطعها، يعني: أن مقتضى استصحاب كون هذه الأمور الحادث كونها من المنقول ملكاً للمسلمين قبل حدوث النقل فيها إلى ما بعد حال حدوثه كونها ملكاً للمسلمين، ويمكن الخدشة في الاستصحاب بانقلاب الموضوع في مثل الكوز والآجر وأمثال ذلك ممّا لا يصدق عليه الأرض، حيث إنّ موضوع الملك في السابق كان عنوان الأرض وهو منتفٍ فيما ذكر من الأمور.

١٤/١٦٣ - ١٥ قوله: ويحتمل كون ذلك.

أقول: أي ما ينفصل من الأراضي المفتوحة عنوة.

١٦/١٦٣ قوله: ويقوى هذا الاحتمال.

الأوفق بالقواعد
عدم جواز
التصرف إلا
بإذن الحاكم
٢٧ : ٤

حكم ما
ينفصل من
المفتوح
عنوة ٢٧: ٤ - ٢٨

أقول: يعني احتمال كونه من المباحات من حيث الحكم.

[• الثاني: كونه طلقاً]

١٨/١٦٣

قوله: والمراد من المطلق.

المراد من
«الطلق» ٢٩: ٤

أقول: مرجع ما ذكره في معنى المطلق إلى ما في محكي كشف الظلام من أن المراد منه هو الإطلاق في مقابل القيد؛ ولذا قال في تفسيره: أي غير مقيد بما يمنع من بيعه شرعاً، فلا يصح بيع الوقف. انتهى.

٢٥/١٦٣

قوله: وقد أنهاها بعض المعاصرين.

الحقوق المانعة
عن تصرف
المالك في ملكه
٣٢-٣٠: ٤

أقول: وهو صاحب المقابس رحمته الله، فإنه أنهاها إلى اثنين وعشرين، قد ذكر المصنف منها ثمانية عشر: أربعة منها مشروحاً في ضمن مسائل أربع، وهي: الوقف، والرهن، والاستيلاء، والجنابة، وأربعة عشر منها هنا إجمالاً، وأمّا الأربعة التي لم يذكرها في المتن فهي: تعلّق حقّ الغرماء بمال المفلس أو الميت، وتعلّق حق المضمون له بالمال إذا شرط أداء الضمان منه، وعدم تمامية سبب الملك في المتبرّعات كالهبة والهدية والصدقة قبل القبض على القول بأنّه شرط اللزوم، وعدم تمامية سبب الملك في المعاوزات كالصرف قبل القبض على القول بأنّه شرط اللزوم لا الصحة، وقد بسط الكلام في جميع هذه الحقوق في المقابس، فراجع ترى ما لا ينقضي العجب من كثرة تحقيقه وطول باعه قدس الله تربته الزكية.

قوله: النذر المتعلّق بالعين قبل البيع.

أقول: قد عنون المسألة جماعة من الأصحاب - رضي الله عنهم - في كتاب العتق، كالشهيد في الروضة، وجمال المحقّقين في حاشيتها، وجماعة أخرى في باب الأضحية من كتاب الحجّ وفي كتاب الصيد والذبابة، وبعضهم في كتاب الزكاة، والظاهر عدم منعه من صحّة البيع إلّا بناء على أن الأمر بالشيء

يقتضي النهي عن ضده، وأنّ هذا النهي التبعي يدلّ على الفساد، وكلاهما في حيّز المنع على ما قرّر في الأصول.
قوله: والخيار المتعلّق بها. ٢٦/١٦٣

أقول: يأتي إن شاء الله تعالى تحقيق الكلام في أحكام الخيار، وتعرف هناك أنّه لا يمنع عن نفوذ البيع.
قوله: والارتداد.

أقول: يعني ارتداد العبد المملوك، وفي حكمه كلّ ما كان حدّه القتل كبعض أقسام الزنا واللواط والمحاربة مع الله ورسوله ﷺ، ولا يذهب أنّ الإشكال في عدم جواز بيع المرتدّ والقول به إنّما هو لأجل كونه في معرض القتل الموجب لتوهم سلب المائيّة عنه لأجل ذلك على ما مرّ الكلام في ذلك مفصلاً في بيع الأعيان النجسة، فلا يصحّ عدّ الارتداد من الحقوق المانعة عن البيع.

قوله: والحلف على عدم بيعه.

أقول: مانعيّة هذا واشترط العتق مبنيّة على استتباعهما للحكم الوضعي، وفيه نظر، والقدر المتيقّن: استتباعهما للحرمة التكليفيّة والكفارة على المخالفة في الأوّل، وخيار تخلف الشرط في الثاني، وعلى هذا يصحّ بيعه.
وكيف كان، فلا وجه لعدّه من الحقوق المانعة عن البيع.

قوله: فإنّه مانع عن لزوم التصرفات. ٢٩/١٦٣

أقول: لا ربط له بمحلّ البحث من بيان ما هو مانع عن أصل الصحّة.

قوله: فيما إذا اشترى أمة حبلى. ٣٠/١٦٣

أقول: يعني حبلى من عبد للبايع قد اشتراها مع حملها فوطئها المشتري قبل مضيّ أربعة أشهر من حملها أو بزيادة عشرة أيّام على الخلاف ولو لم يعزل عنها، وإلاّ فيجوز بيعه لانتفاء المانع وهو التغذيةية من نطفة المشتري.

قوله: بناءً على عدم جواز بيعه.

أقول: لوجوب اعتاقه على المشتري في رأي صاحب المقابس وتفصيل القول في حرمة بيع ذلك العبد وجوازه في بيع الحيوان من كتاب البيع، وأخبار المسألة ذكرها في الوسائل في باب حكم من اشترى أمة حبلى فوطئها ثم ولدت، من أبواب نكاح العبيد والإماء من كتاب النكاح، فراجع.

قوله: فإنه مملوك له.

أقول: أي للشريك الآخر غير الواطئ لكن ليس له أن يبيعه من غير الواطئ أو يتصرف فيه بغير ذلك، بل يقوم به ويأخذ قيمته من الواطئ ويسلمه إياه، قال في المقابس: هذا مبني على انعقاد الولد رقاً واعتاقه بالتقويم والأداء.

٣١/١٦٣

قوله: وتعارض السبب.

أقول: يعني بالسبب المملك: القهر، والمزيل للملك: القرابة الخاصة، ولا وجه أيضاً لعدّه من الحقوق المانعة.

قوله: والغنيمة قبل القسمة.

أقول: لعل عدم جواز بيعه بناءً على ما ذكر إنما هو لأجل الجهالة في المبيع لا لأجل عدم كونه طلقاً، فلا وجه لذكره في عداذه، فتأمل.

[عدم جواز بيع الوقف]

٣٣/١٦٣

قوله: ولعموم قوله: «الوقوف... إلى آخره».

أقول: في دلالة على المنع تأمل؛ لأن الظاهر ورودها مورد بيان حكم آخر وهو إمضاء ما يعتبره الواقف في الوقف حين الإنشاء من الكيفيات والشروط، وتعيين الجهات في الموقوف عليه عموماً وخصوصاً ومصرفاً إلى غير ذلك من الخصوصيات، وليس وارداً في مقام المنع عن البيع ونحوه، فإن مانعية الوقف عن البيع مجعول شرعي سابق على وقوع الوقف، وليس من مجعولات الواقف كي يندرج تحت العموم المذكور، فالاستدلال به على المنع

عدم جواز
بيع الوقف
والاستدلال
عليه ٣٣: ٤

في غير محلّه، بل يناقض ما يذكره بعد ذلك عند التعرّض للصور التي يجوز البيع فيها من منع دلالته على المنع.

هذا، لكن التحقيق صحّة الاستدلال به، بيانه: أنّ الظاهر أنّ حقيقة الوقف حبس الواقف العين في ملكه لأجل انتفاع الموقوف عليه؛ إذ الظاهر أنّ الوقف ليس له حقيقة شرعية ولا متشرعية بل هو باقٍ على معناه اللغوي، وأنّ إطلاقه على الوقف المصطلح من باب إطلاق الكلّي على الفرد. وهو مصدر وقف متعدّياً بمعنى منع لا لازماً بمعنى سكن؛ لأنّ مصدره الوقوف، فيكون وقف العين منعها عن الخروج عمّا كان لها من الوصف، وهو إضافتها إلى الواقف وملكها ويلزمه الحبس في ملكه، كما أنّ الحبس فيه يلزمه الخروج عن الملك؛ ولذا عرّفه جماعة من الأصحاب بتحبيس العين، ولما كان الدّاعي إلى المنع والحبس هو انتفاع الموقوف عليهم بمنافعها عطفوا عليه قولهم: «تسبيل المنفعة».

وتقديمه إلى الموقوف عليه بكلمة «على» إنّما هي بلحاظ ما ذكر من الدّاعي؛ إذ الظاهر أنّها بمعنى اللّام كما في قوله ﷺ: «من حفظ على أمّتي... الحديث» كما في بعض النسخ أي لأجل انتفاعهم، فتأمّل.

فحقيقة الوقف: المنع عن خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وإبقاؤها فيه من حيث البناء والالتزام، ولازمه الالتزام بأنّها لا تباع ولا توهب ولا تورّث، فعلى هذا يكون عدم جواز بيعها بالمعنى الاسم المصدري ممّا جعله الواقف والتزم به وبنى عليه، فيدلّ الحديث على إمضائه وأنّ التزامه به نافذ، ونتيجته عدم الجواز في الشرع أيضاً.

وممّا ذكرنا يعلم أنّ الوقف ليس ملكاً للموقوف عليهم وإلاّ لزم النقل أو التجوّز؛ ضرورة أنّ الوقف لغة ليس بمعنى التملك؛ ولزم عليهم زيادة التملك في تعريفه وعدم الاقتصار على التحبيس والتسبيل.

ويؤيّده عدم حصول الملك في بعض أقسام الوقف مثل المسجد، وليس للوقف إلا معنى واحد، فتدبر.

صورة وقف
أمير المؤمنين
عليه السلام
٣٤:٤-٣٥

قوله: فإنّ الظاهر من الوصف.

٣/١٦٤

أقول: يعني ظهوره بقرينة السياق على ما سيصرّح به بعد ذلك بقوله: «وان كان الانصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف» لكن لم أفهم وجه ظهور السياق في ذلك بحيث يكون الوصف فيه مثله في قوله: «وطائر يطير بجناحيه» ويبعد كونها وصفاً للشخص.

ثم إنّ المراد من الوصف منع المالك عن البيع والهبة المستفاد من قوله: «لا يباع إلى آخره»؛ إذ المراد منه عدم بيعه بحسب إرادة الواقف المالك وبنائه، لا عدم جواز بيعه شرعاً؛ لأنّه مع استلزامه أخذ الحكم في الموضوع منافٍ لما سيذكره بعد ذلك من عدم منافاته جواز البيع لبقاء الوقف.

قوله: خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم.

٤/١٦٤

أقول: لا على المالك الواقف بأن يكون معنى قوله: «لا يباع إلى آخره» لا يبيعه الموقوف عليهم وكذلك ما بعده، لا لا يبيعه الواقف. وبالجملة: يعني مع كون الفاعل المحذوف القائم مقامه المفعول في الفعلين المبنيّين للمفعول هو الموقوف عليهم لا الواقف؛ إذ بناء على الثاني يكون لتقدّمه على الركن وجه، بخلافه على الأوّل؛ لأنّه حينئذٍ يكون من قيود الموقوف عليه وشرائطه والمناسب تأخّره عنه، ومن هنا يعلم وجه الخصوصية.

قوله: مع أنّه لو جاز البيع.

أقول: هذا دليل ثالث على كون الوصف فضلاً للنوع، وقوله: «لمخالفته للمشروع» علّة للفساد لا الافساد.

قوله: إلا أن يقال.

٦/١٦٤

أقول: هذا جواب عن الدليل الثالث، كما أن قوله: «مع أن هذا التقييد» جواب آخر عنه، ومعناه: أن تقييد عدم جواز البيع بعدم العذر وعدم طرؤ المسوغات لا بد منه على كلا التقديرين، فليس هناك إطلاق سالم عن التقييد على تقدير دون آخر حتى يكون دليلاً على الأول دون الثاني، فيكون مجملًا ساقطاً عن صحّة الاستدلال به على كونه وصفاً للنوع، وأمّا قوله: «مع احتمال علم الإمام عليه السلام» فهو ترقق عن التساوي المستفاد ممّا قبله، وترجيح لاحتمال كونه وصفاً للشخص، بتقريب: أنه على هذا يمكن حمله على صورة لا حاجة فيها إلى التقييد، كصورة علمه عليه السلام بعدم طرؤ ما يجوز بيعه وعدم احتمال ذلك، فلا يكون له أحوالي حتى يلزم التقييد، بخلافه على الاحتمال الآخر لما بيّنه في المتن.

٩/١٦٤ قوله: فظهر أن التمسك.

أقول: يعني ظهر من قوله: «إلا أن يقال» إلى هنا: «أن التمسك».. إلى آخره.

١٤/١٦٤ قوله: والمنع عن المعاوضة عليه.

أقول: يعني منع المالك؛ لأنّ منع الشارع ليس مأخوذاً فيه مفهوماً، بل هو خارج عنه وحكم من أحكامه قابل للتخصيص، فلا ينافي هذا ما سيأتي في مقام الردّ على صاحب الجواهر عليه السلام من أنّ المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، فلا تغفل.

١٤/١٦٤-١٥ قوله: تمليك المتهب المقتضي لتسلّطه.

أقول: يعني المقتضي له بحسب بناء الواهب ومقصوده؛ فإنّ بناء الواهب في الهبة كبناء البائع في البيع تمليك المتهب بطور الدوام، ومع ذلك حكم عليه بالجواز ومخالفة مقصوده من أوّل الأمر، فيجوز له الحكم بالجواز هنا عند طرؤ المجوّز، ومجرّد الفرق بينهما بالابتداء والاستدامة غير فارق حتى لا يجوز

هل الوقف
يسبطل بنفس
البيع أو
بجوازه؟ ٤: ٣٦

كلام صاحب
الجواهر في أن
الوقف يبطل
بمجرد جواز
البيع ٣٦: ٤

المناقشة فيما
أفاده صاحب
الجواهر
وكاشف
الغطاء ٣٧: ٤

قياس المقام على الهبة، كما لعلّه يتوهم؛ ولأجل دفع هذا التوهم أمر بالتأمل.

١٥/١٦٤

قوله: إلا أنّه ذكر بعض في هذا المقام.

أقول: يعني به صاحب الجواهر رحمه الله.

١٨/١٦٤

قوله: انتفاء بعض آثاره.

أقول: يعني بالبعض حرمة البيع. وضمير هو فيما بعده راجع إلى الانتفاء

باعتبار تأويله إلى المنفي.

١٩/١٦٤

قوله: فهذا لا محصل له.

أقول: لأنّه كما في بعض الحواشي يصير معنى قوله: «إذا بطل الوقف

اتّجه» حينئذٍ جواز بيعه أنّه إذا جاز بيع الوقف اتّجه جواز بيعه.

٢٠/١٦٤

قوله: وإن أريد انتفاء أصل الوقف.

أقول: هذا هو مراده رحمه الله، وما أورد عليه من منع أخذ المنع عن البيع في

مفهوم الوقف قابل للخذشة؛ لأنّه إن أريد من المنع عن البيع منع الواقف عنه في

صيغة الوقف، ففيه: أنّه كما ترى على ما اعترف به في السابق.

وإن أريد منع الشارع كما هو الظاهر بقريئة كلامه السابق، ففيه: أنّه نعم لم

يؤخذ فيه لكنّه لا يجدي في ردّ ما ادّعاء من بطلان الوقف، لاحتمال أن يكون

مراده منه عدم امضاء الشارع له على طبق ما قصده الواقف بأن يريد من أخذه

فيه في صحته بمعنى إمضاء الشارع له، ولو قلنا بأن ألفاظ المعاملات التي منها

الوقف موضوعة للصحيحة فالأمر أوضح.

٢١ - ٢٠/١٦٤

قوله: ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد.

أقول: يمكن دفعه بأنّه إنّما يلزم لو كان بطلان الوقف عنده به ببطلان

التمليك للموقوف عليهم، وفيه منع جليّ لإمكان كونه ببطلان التحبيس في

ملكهم، فافهم.

٢٢/١٦٤

قوله: بل هو في غير المساجد وشبهها.

أقول: يعني من شبه المساجد الرباطات.
وكيف كان، لم يظهر لي وجه لمنافاة كون الوقف في غيرهما قسماً من التمليك؛ لأخذ المنع عن البيع في مفهوم الوقف.
٢٣/١٦٤ قوله: كان البائع ولياً.

أقول: إثبات هذا بالدليل مع كونه على خلاف الأصل مشكل جداً،
فيمكن أن يقال: إن الولي هو الحاكم، والأحوط كون البيع باذنه وإذن البطن
الموجود.

٢٤/١٦٤ قوله: حق إبطال الوقف.
أقول: الأولى إسقاط كلمة «الحق» من العبارة؛ لأن جواز البيع حكم
لاحق.

٢٤/١٦٤ - ٢٥ قوله: ولذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع أو لم
يتفق البيع.

أقول: «لم يتفق البيع» عطف على «فرض».
ثم في شهادة ما ذكره من الأمرين على عدم بطلان الوقف بجواز البيع
نظر، أما الثاني، فلائه مصادرة صرفة، وأما الأول، فلا مكان أن يقول فيه رجوع
الوقفية لأجل رجوع جواز البيع لأجل اندفاع الضرورة بعد بطلانه لجواز البيع
لدفع الضرورة أخذاً بعموم أدلة صحة الوقف لما هو التحقيق من لزوم الرجوع
إلى العموم في العام المخصص بمخصص يشك فيما بعد مقدار من الزمان لا إلى
استصحاب حكم المخصص.

ومن هنا يعلم المناقشة في الاستشهاد بكلام جامع المقاصد، فتأمل.
ولو استند في ذلك إلى الإجماع ببقائه على الوقفية مع اندفاع الضرورة
فيمكن أن يقال: إن مراد صاحب الجواهر من جواز البيع القائل بكونه مبطلاً
للوقف جوازه مشروطاً بعدم زواله فافهم.

١٧/١٦٥

قوله: لا يجوز الرجوع فيها.

أقول: مقتضى قوله فيما بعد: «وإذا أخرج الواقف الوقف من يده... إلى آخره» أن مفروض الكلام في الصدر أنما هو فيما قبل القبض، وعليه لا وجه لحكمه بعدم جواز الرجوع في الوقوف؛ لأن القبض لا أقل من كونه شرطاً في اللزوم لو لم يكن جزء السبب أو شرط الصحة، وهذا هو الوجه فيما ذكره المصنف فيما بعد من شدة مخالفته للقواعد التي لأجله لم يرتض العلامة بظاھر للمفيد رحمته وحكم بتأويله، ولعل نظره رحمته في التأويل إلى أن يقال: إن مراده من الجواز في قوله: «لا يجوز الرجوع» الجواز بالمعنى الأخص وهو ما تساوى طرفاه، لا بالمعنى الأعم المقابل للحرمة، وعليه يمكن حمل عدم الجواز بذاك المعنى على الكراهة؛ نظراً إلى أن انتفاء المباح كما يكون في ضمن الحرمة كذلك يمكن أن يكون في ضمن الكراهة، فتدبر.

ثم إن المراد من «ما يمنع الشرع من معונهم» هو مثل الكفر والارتداد.

٢٣/١٦٥

قوله: ضمّ صورة جواز الرجوع وجواز... إلى آخره.

أقول: المذكورتين قبل القبض ووصول الموقوف إلى الموقوف عليهما، والحال أنها ليست من صور جواز البيع؛ لأن الرجوع وتغيير الشرط غير البيع. قوله: إلى المواضع الثلاثة.

أقول: أحدها: ما أشار إليه بقوله: «إلا أن يخرب ولا يوجد...».

ثانيها: ما أشار إليه بقوله: «أو يحصل بحيث...».

وثالثها: ما أشار إليه بقوله: «وكذلك إن حصلت»؛ لأنها التي ذكرت بعد

القيدتين المذكورين.

وحينئذٍ يشكّل بأنّه لا وجه لعدم ملاحظة الصورة المذكورة بين القيدتين وهي صورة اشتراط الواقف رجوعه إلى الواقف متى احتاج إليه حتّى يكون المواضع التي يستفاد من الكلام المذكور ستّة.

هذا بناء على كون الشهيد عليه السلام مصرّحاً ببعديّة المواضع الثلاثة حتى بالنسبة إلى وفاة الواقف، وإلاّ فيمكن أن يقال - بل هو الظاهر - : بأنّ صورة اشتراط الرجوع أحد المواضع الثلاثة بملاحظة أنّ مرجع ما أشار إليه بقوله: «أو يحصل إلى آخره» إلى سابقه، فلا وجه لجعله صورة مستقلة، فلا بدّ من مراجعة غاية المراد.

٣٠ - ٢٩/١٦٥ قوله: إلّا من الوجه الذي ذكرناه.

أقول: يعني به جواز البيع.

٣٢/١٦٦ قوله: هي مظنة الخراب.

أقول: ولو كانت لغير اختلاف الأرباب.

[الوقف المؤبد]

٣٥/١٦٦ قوله: فإنّ الموقوف عليهم.

أقول: ظاهر التعبير أنّه علّة لعدم دخولها في ملك المسلمين.

وفيه: أنّ ملكهم للانتفاع دون المنفعة يحتاج إلى دليل مفقود، بل الظاهر أنّ الوقف في جميع الموارد على نسق واحد، فإن كان ملكاً للموقوف عليهم كما عن الجواهر ففي الجميع، وإلاّ بل كان باقياً على ملك الواقف كما تقدّم نقله عن الحلبي وهو الذي يقتضيه الأصل، بل هو الظاهر من حقيقة مفهوم «الوقف» لغة وعرفاً كما عرفت وعلى طبق هذا المعنى اللغوي ورد قوله عليه السلام: «حبس الأصل وسبّل المنفعة»، أو كان ملكاً لله تعالى فكذلك أيضاً.

والحاصل: أنّه لا يصحّ جعله علّة له إلّا بعد ثبوت نفس هذه العلّة، ولكنّها لم تثبت لعدم الدليل عليه فيمكن كونهم مالكيين للمنفعة فيها أيضاً، فعلى الغاصب أجرة المثل تصرف في منافع الموقوف عليهم في جهة الوقف لهم، لكن لا ملازمة بين ملك المنفعة وملك العين كما في العين المستأجرة، فما يظهر من قوله: «دون المنفعة» من الملازمة فاسد، كما أنّه لا ملازمة بين ملك المنفعة

كلام السيد
المرتضى عليه السلام
٤ : ٤٥ - ٤٦

المراد من
«تأدية الوقف
إلى الخراب»
ففي كلمات
الفقهاء
٤ : ٥٢ - ٥٣

الوقف على
قسامين:
تمليكي وفكي
٤ : ٥٣ - ٥٤

قوله: معللاً باحتمال طرؤ اليسار.
أقول: فلا يتحقق ما هو الملاك في الرهن، وهو الاستيثاق عند الحاجة إلى البيع.

قوله: أو يحصل بحيث.
أقول: يعني أو يحصل من يراعيه بعمارة، ولكن لا يجدي نفعاً.
قوله: وابن إدريس سدّ الباب.

كلام ابن إدريس
٤: ٣٨-٣٩

أقول: «سدّ» بصيغة الماضي خبر، والمراد من الباب: باب جواز البيع، وضمير «هو» و«قوّته» راجع إلى السدّ المستفاد من^(١)، ومجموع هذا الكلام مقول لـ«قال الشهيد». والغرض من نقله إبداء أنّ الشهيد^{رحمته} يظهر من قوله مع قوّته ميله إلى المنع، كما أنّ الغرض من قوله: «وقد ادّعى في السرائر» كما في بعض الحواشي هو الإشارة إلى تحرير محلّ الخلاف في المسألة.

قوله: وحكي المنع مطلقاً.
أقول: يعني ولو خرب ولم ينتفع به.

قوله: ما سبّله.
أقول: يعني جعله في سبيل الله تعالى.
قوله: إذا كان في ذلك صلاح.

كلام ابن
الجنيد ٤: ٣٩

أقول: هذا قيد للبيع [في] قوله: «فلا بأس ببيعه».

قوله: وسيظهر هذا من عبارة الحلبي في الكافي.

كلام فخر الدين
٤: ٤٠

أقول: يعني المنع مطلقاً ولم يذكرها المصنّف فيما بعد، وإن أردت الاطلاع عليها فراجع المقابس فإنّه منقولة فيه بطولها.

قوله: نسبة التفصيل إلى الحلبي.

نسبة التفصيل
المستقّد إلى
الحلبي
والصدوق ٤: ٤١

أقول: يعني التفصيل بين المؤبّد والمنقطع، وهذا التفصيل هو المراد من

(١) كذا في الأصل، ويبدو أنّها زائدة أو بعدها كلام ساقط من النسخة.

القول المتقدم في عبارة المصنّف فيما بعد، لكن هذا لا يدفع الإشكال، أي إشكال التناقض عن الحلبي المحكيّ عنه القول المتقدم. انتهى.
وإنّما يدفع بما ذكره من عدم مساعدة عبارته لقوله به.

كلام الصدوق
في الفقيه
٤: ٤١-٤٢

قوله: ثم إنّ جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة. ١٠/١٦٥
أقول: يعني بالطبقة الأخيرة من لم يشترط الواقف رجوع الوقف إلى من بعدهم من الفقراء، مثلاً: إلى أن يرث الله تعالى الأرض، فقد يكون مصداقه الطبقة الأولى، كما إذا قال: «وقفت هذا على زيد وعمرو وخالد من أولادي» وقال: «على أولادي الموجودين»، وقد يكون غيرها كما إذا قال: «وقفت على أولادي نسلاً بعد نسل».

وأما وجه عدم ظهور جواز بيع من عدا الطبقة التي لم يجعل الواقف الوقف إلى من بعدهم كالطبقة الأولى مثلاً في المثال الثاني فواضح؛ لأنّهما ما حكما إلا بجواز بيع من ليس بعده من يكون الوقف راجعاً إليهم بحسب شرط الواقف ومقتضى صيغة وقفه.

قوله: وقد حكى القول بهذين القولين. ١٢/١٦٥

أقول: يعني بهما الرجوع إلى الواقف وجواز بيع الموقوف عليه.

القول الثالث:
الجواز في
المؤبد في
الجملة ٤: ٤٣

قوله: فلم ينصوا عليه. ١٥/١٦٥

أقول: يعني القائلين بالجواز في المؤبد.

قوله: ومن بعضهم التخصيص بناءً.

أقول: يعني تخصيص الجواز بالمؤبد من جهة بنائه رجوع المنقطع إلى ورثة الواقف، فقوله ﷺ: «بناءً» بيان لوجه التخصيص وعلة له.

قوله: جعله كالمؤبد. ١٦/١٦٥

أقول: يعني في جواز البيع في الجملة.

وصحة الاجارة لإمكان أن يكون الملك منفعة خاصة كصلاة المسلمين في المسجد، فلا يجوز إجارته أمّا لغير منفعة الصلاة فلعدم الملك بالنسبة إليه، وأمّا لمنفعة الصلاة فكذلك أيضاً لو كانت صلاة المستأجر لاستحقاقه لها بدون الأجرة، فالأجرة بازائها أكل للمال بالباطل، ولو كانت صلاة المؤجر القائمة به فلعدم إمكان نقلها إلى الغير.

١/١٦٧

قوله: وأمّا الثاني فالظاهر.

أقول: قضية هذا الكلام عدم الخلاف في عدم جواز بيع الوقف أصلاً عند من يقول بخروجه عن ملك الواقف، وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه، وعلى هذا كان اللازم بناء النزاع على القول بكونه ملكاً للموقوف عليه بأن يقول: إنّ الذي ينبغي أن يقال: إنّ الوقف إمّا ملك للموقوف عليه وإمّا لا، وعلى الثاني لا نزاع في عدم جواز بيعه لعدم الملك، وإمّا النزاع فيه على الأول، فبناء على أنّ وقف المساجد ونحوها أيضاً ليس فكّ ملك بل ملك للموقوف عليه - كما هو قضية وحدة حقيقة الوقف ومفهومه لغة وعرفاً - يجوز بيعها بما يجوز بيع غيرها من الأوقاف، بل يمكن القول بالجواز بناء على الفكّ والتحرير أيضاً، بدعوى أنّه لا دليل على اعتبار ملك المبيع في صحة البيع إلّا مثل قوله: «لا بيع إلّا في ملك» ولا دلالة عليها لاحتمال أن يكون المراد منه ملك البيع لا ملك المبيع؛ ولذا يجوز بيع الوكيل والوليّ مع أنّ المبيع ليس لهما وهذا موجود في البائع عند طرؤ المسوّغات في سائر الأوقاف.

٥/١٦٧

قوله: واحكام السجلات.

أقول: هو بكسر الهمزة من باب الأفعال. والمراد من السجل ورقة وقيّة العين الموقوفة، يعني إحكامها بمهر العلماء والشهود الثقات.

٦/١٦٧

قوله: ومع التعارض.

أقول: يعني ومع تعارض الأوصاف الثلاثة أحدها مع الآخر فالمدار

محلّ الكلام
القسم الأوّل
٥٤ : ٤

كلام كاشف
الغطاء في
الأوقاف العامة
مع اليأس عن
الانتفاع بها
في الجهة
المقصودة
٥٥ : ٤

على ملاحظة الرَّاجح من الأوصاف وتقديمه على المرجوح منها ان كان، كأن دار الأمر بين الصرف في المماثل الأبعد الأفضل وبين الأقرب غير الأفضل، فيقدم الأول على الثاني، وكذا لو دار الأمر بين الأحوج والأفضل لا يبعد ترجيح الأول على الثاني.

١٠/١٦٧ قوله: احترازاً عن التلف.

أقول: يعني تلف هذه الأموال لو لم يجب الحفظ.

قوله: ولزوم الحرج.

أقول: يعني في حفظ غير الأرض من الأمور المذكورة.

١٥/١٦٧ قوله في رواية مروان: «قلت: أيكفّن به الميت؟ قال: لا».

ما ورد في بيع
ثوب الكعبة
وهبته ٤: ٥٦

أقول: لعلّ المنع عن التّكفين تعبّد صرف، ويحتمل أن يكون من جهة

أنّ ثوب الكعبة كان من الحرير، واحتمل في الصافي - حاشية الكافي - أنّ المنع عنه لعلّه من جهة كونه كتّاناً، واستند في المنع عنه إلى رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: الكتان لبني إسرائيل يكفنون به، والقطن لأمة محمد ﷺ»؛ واحتمل أيضاً أنّ المنع عنه لعلّه كان لأجل سواده، واستند في ذلك إلى رواية الحسين بن المختار عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا يكفن الميت بالسواد».

ولا يخفى أنّ النهي على ما ذكرنا للتحريم، وعلى ما ذكره من الاحتمالين

للتنزيه.

قوله: وكذلك ما ذكره... إلى آخره.

أقول: يعني ينافي ما ذكرنا أيضاً ما ذكره.

قوله: لعلّه إشارة إلى استبعاد الاختلاف في كيفية الوقف بالتحريم

بالنسبة إلى العرصة، والتملك بالنسبة إلى غيرها من الجذوع والسقف مع وحدة الإنشاء في عبارة الواقف.

الفرق بين
ثوب الكعبة
وحصير المسجد
وبين نفس
المسجد ٤: ٥٦

٣٢/١٦٧

قوله: وقيل بل لكلّ أحد.

أقول: القائل بذلك وكذلك الملحق لما ذكر بالمساجد صاحب المقابس رحمه الله في أوّل تنبيهات بيع الوقف.
قوله: وفيه نظر.

أقول: لعلّ الوجه فيه عدم الدليل عليه لانحصاره في حديث السبق، وهو من جهة اختصاص موضوعه بما يجوز السبق إليه تكليفاً ولا أقلّ من الشكّ فيه لا يجدي فيه إلّا بعد رجوعه إلى الإباحة، وهو غير ثابت، وتوهم أن تنظره هنا في الحيّزة ينافي تمسّكه بأصالة الإباحة في السابق لإباحة الانتفاع، مدفوع بأنّ الكلام هنا في إباحة العين، وفي السابق في إباحة الانتفاع، والتفاوت بينهما واضح.

٢/١٦٨

قوله: والمفروض عدم المطالبة....

أقول: فيستكشف بالأّن عدم المطابقة بقيمته، ولكن قد تقدّم أنّ الأقوى ضمان البائع.

٣/١٦٨

قوله: الإيصال إلى المالك.

أقول: بل إلى من أخذ منه ومنع عنه الذي هو له، وينبغي أن يكون تحت سلطنته سواء كان واحداً أم أزيد، محصوراً أم غير محصور كما في المقام.

[صور جواز بيع الوقف]

[الصورة الأولى]

٤ - ٣/١٦٨

قوله: بحيث لا يمكن الانتفاع به.

أقول: يعني لا يمكن الانتفاع به بالمرّة حتّى المنفعة الغير المعتدّ بها مع بقاء عينه المقوم للوقفية، وإن أمكن الانتفاع به بإتلافه بمثل الإحراق في بعض صور الأكل في الحيوان المأكول اللحم.

حكم أجزاء
المسجد كذلك
٤: ٥٩-٦٠

اتّـالاف
الموقوفات
العامة ٤: ٦٠

١- إذا خرب
الوقف بحيث لا
يتّـمّ به

حاصل الاستدلال
على جواز
البيع ٦٣-٦٢:٤

١٠/١٦٨ قوله: والأوّل تضييع.

أقول: هذا عين ما استدللّ به في التنقيح على الجواز في الشقّ الأوّل من شقّي الصورة السابعة الآتية، والمصنّف رحمته الله كما يأتي قد ردّه بأنّ المحرّم إضاعة المال المسلّط عليه المضيّع لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه، إلّا أن يقال: إنّ هذا منافٍ للردّ المذكور لو كان نظره في كبرى ما ذكره إلى أدلّة حرمة التضييع، وهو غير معلوم؛ إذ يمكن أن يكون نظره إلى مثل رواية السكوني الواردة في سفرة مطروحة في الطريق فيها لحم وجبن وسكّين، المذيّلة بقوله عليه السلام: «هم في سعة حتى يعلموا» الدالّة على جواز التصرف في مال الغير في مورد يتلف ويضيع لولاه، فإنّها تدلّ على ارتفاع الحرمة عن التصرف في مال الغير الذي لا مساس له بالمتصرّف أصلاً فيجوز، بل يجب في مثل مورده ممّا لا يرد على المتصرّف ضرر من تصرّفه، فتدبر ففي المقام الذي للمتصرّف حقّ فيه بطريق أولى، فتأمل فإنّ الظاهر أنّ نظره إلى أدلّة حرمة التضييع التي لا تعمّ المقام.

قوله: وبه يندفع استصحاب المنع مضافاً.

أقول: الفرق بين هذا الدفع والإضافة أنّ مرجع هذا إلى المناقشة في الاستصحاب بمنع وجود الشكّ اللاحق بدعوى القطع بحرمة عدم البيع وتركه؛ لأجل كونه تضييعاً محرّماً بالعمومات الشاملة للمقام، ولا يعارضها أدلّة المنع عن بيع الوقف كما قد يتوهّم فيقال بأنّ النسبة عموم من وجه فيرجع بعد التساقط إلى الاصل؛ لما مرّ سابقاً من عدم جريان أدلّة المنع في الفرض من خراب الوقف.

وبالجملة: مفاد الأوّل أنّ الاستصحاب لا يجري لقيام الدليل على خلافه وهو أدلّة حرمة تضييع المال، ومفاد الإضافة هو المنع عن جريان الاستصحاب لأجل ارتفاع الموضوع قطعاً.

هذا، ويمكن الخدشة في هذه الاضافة بمنع كون المنع عن بيع الوقف ضمنيّاً مستفاداً من وجوب العمل بمقتضى الوقف، بحيث يكون حرمة بيعه من جهة حرمة ضدّ الواجب، بل هو حكم مستقلّ في عرضه.

نعم كان ذلك في ظرف ثبوت الوجوب، لكن مجرد ذلك لا يوجب تبدّل الموضوع وسقوط الوجوب، لأجل تعذّر امتثاله لا يوجب سقوط حرمة البيع أيضاً مع القدرة على امتثالها؛ ولذا لا إشكال على الظاهر في عدم جواز الهبة والإرث، فلو كان عدم جواز البيع ضمنيّاً تابعاً لبقاء وجوب العمل بالوقف، فليكن عدم جواز هبته أيضاً كذلك؛ إذ لا فرق بينهما من هذه الجهة قطعاً، ومن الظاهر أنّ عدم جواز الهبة لا يرتفع بارتفاع الوجوب المذكور، وليس حكماً جديداً حدث بعد ارتفاع الوجوب بل عين ما كان سابقاً، فلا بدّ أن يكون البيع أيضاً كذلك، فالدافع للاستصحاب هو الأوّل، وفيه تأمل؛ للتأمل في عموم حرمة التضييع للمقام، وإلا لوجب بيعه، ولا يقولون به ولوجب أيضاً تعميره ولو من مال المكلف، وقد ذكر في السابق في حكم أجزاء المسجد أنّه لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، فلا دافع للاستصحاب.

قوله: نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف ممّا لا يبقى. ١٢/١٦٨

أقول: لعلّ غرضه بيان عدم جريان ما ذكره في بطلان الاحتمال الثاني في هذا القسم المتوقّف عليه، يعيّن الثالث، فيكون الدليل أخصّ من المدعى، وهو جواز بيع جميع أقسام الوقف في صورة الخراب؛ لاختصاصه بما يستعدّ للبقاء إلى آخر البطون.

قوله: بقاءه، فتأمل. ١٣/١٦٨

أقول: لعلّه إشارة إلى أنّه يكفي في مراعاة البطون المتأخّرة عن استعداد العين الموقوفة للبقاء استعداده له من حيث المالّة، فتأمل.

ظاهر بعض
العبار
المتقدمة
الاختصاص
٦٤ : ٤

٢٠/١٦٨ قوله: خلافاً لبعض العبار المتقدمة.

أقول: يعني به عبارة المفيد والسيد في الانتصار لظهورهما في الاختصاص بالموجودين، واختار هذا الاختصاص المحقق في الشرايع.

التمن حكمه
حكم الوقف
٦٦ : ٤

٣٠/١٦٨ قوله: وإلا أبدل مكانه بالأصلح.

أقول: نعم إن قلنا بجواز بيع الوقف بمجرد كونه أصلح وإلا - كما هو الحق على ما سيأتي - فلا؛ لأنه وقف فلا يجوز بيعه، وما ذكره فيما بعد من أن عدم جواز البيع لا لغز من أحكام الوقف الابتدائي ممنوع عليه بإطلاق قوله: «لا يجوز شراء الوقف» الشامل لبذل الوقف بعد فرض كونه وقفاً أيضاً.

ودعوى أنه نعم، لكن قيد هذا الإطلاق في المبدل بصورة عدم المجوز، وأما معه فيجوز، وقضية البدلية جواز بيع البدل وتبديله كالمبدل، مدفوعة بأن جواز بيع المبدل ما دام وجود المجوز وهو الخراب مثلاً، لا مطلقاً؛ ولذا لا يجوز تبديل المبدل بعد ارتفاع المجوز قبل البيع ولو سلمنا عدم الإطلاق فلا يجوز الإبدال أيضاً؛ لعدم المقتضي للجواز الوضعي الذي هو المهم؛ لانحصاره بقاعدة السلطنة وعمومها لهذا النحو من المال غير معلوم، بل الظاهر انصرافها عنه، ومن هنا علم وجوب شراء المماثل؛ إذ لا مقتضى لشراء غيره إلا عموم تلك القاعدة، وقد عرفت الخدشة فيه، ولأجله يشك في تحقق موضوع أدلة الصحة في شراء المماثل؛ لأن الموضوع فيها هو عقد المالك المسلط عليه بيعه وتجارته فلا يجوز التمسك به، فيرجع إلى أصالة الفساد.

دليل القول
بوجوب شراء
المماثل
والمناقشة فيه
٦٨-٦٧ : ٤

٤/١٦٩ قوله: إنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده.

أقول: عدم الدليل على عدم وجوب ملاحظته وجواز ملاحظة صلاح الموقوف عليهم يكفي دليلاً على وجوبها أخذاً بالقدر المتيقن في مخالفة أصالة الفساد، وقد مر عدم الدليل عليه.

كلام العلامة
في المسألة ٦٨:٤

قوله: لأنّ فيه جمعاً.
أقول: يعني في الحكم المذكور على الترتيب المسطور.
قوله: ولا يخفى عليك مواقع الردّ والقبول.
أقول: من مواقع الردّ في كلام العلامة قوله: «فإن أمكن شراء مثل تلك العين» إلى قوله: «كان أولى» فإنّه لا يجب شراء المماثل عند المصنّف.
ومنها قوله: «والأجاز شراء كلّ ما يصحّ وقفه» فإنّه على إطلاقه ممنوع، بل لا بدّ مع ذلك من ملاحظة ما هو الأصلح بحال الموقوف عليهم.
ومنها قوله: «فإذا لم يكن... إلى آخره»؛ لأنّ المصنّف لم يعتبر إمكان التأييد بحسب النوع، فضلاً عن إمكانه بحسب الشخص.
ومن مواقع القبول قوله في صدر العبارة: «فإنّه يباع ويصرف في جهة الوقف» لما سيذكره المصنّف من أنّه يوضع الثمن عند أمين حتّى يتمكّن من شراء بدله.

ومنها قوله: «ومراعاة الخصوصيّة الكليّة يقتضي».
ومنها قوله: «لأنّ قصر الثمن... إلى آخره».
قوله: ولو طلب ذلك البطن.
أقول: يعني لو طلب البطن الموجود شراء ما يباع مع الخيار إلى مدّة فلا يبعد وجوب إجابته؛ لأنّ في التأخير والانتظار لشراء ما يباع بلا خيار تضييعاً لحقّ البطن الموجود، بخلاف الإجابة والشراء مع الخيار، فإنّ فيه جمعاً بين الحقوق.

لو لم يمكن
شراء بدل
الوقف ٦٩:٤

قوله: لأنّه جزء من المبيع.
أقول: يعني جزء من المبيع الذي اشتري من ثمن الوقف بعد بيعه وكونه ربحاً إنّما هو اعتباريّ صرف وليس كالثمّاء الحقيقي للوقف حتّى يكون للموجودين.

لورضي البطن
الموجود
بالاتجار
بالثمن ٧٠:٤

٢٢/١٦٩ قوله: فيه وجهان آتيان. لو خرب بعض

الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة ٧٠:٤
أقول: لا يبعد ترجيح الأوّل بدعوى أنّ قضيّة الحبس - ولو بملاحظة حال الواقف - حفظه عن الخراب، أو بدعوى أنّ الواقف وإن أطلق اللفظ ولم يشترط تقديم صرف المنافع في التعمير، إلاّ أنّه يؤخذ فيما لو أحرز كون المتكلّم ملتفتاً إلى تلك الجهة وهو غير محرز، فيشكّ في حليّة منافعه لهم قبل صرفه في التعمير، فيرجع إلى أدلّة الحرمة الثابتة قبل الوقف، فتأمّل.

٢٣/١٦٩ قوله: وهنا فروع آخر.

أقول: منها: أنّه بناء على وجوب شراء المماثل لو لم يف الثمن بقيمة المماثل، ودار الأمر بين ناقص منه وتامّ من غيره، فهل يقدر المماثل أو غيره؟ وجهان.

ومنها: أنّه لو زاد الثمن عن المماثل، ودار الأمر بين أن يشتري بالزيادة ناقص مماثل أو تامّ غير مماثل، ففيه الوجهان.

ومنها: لو كان شراء المثل صلاحاً للموجودين، وشراء غيره لغيرهم، أو بالعكس، أو كان شراء شيء صلاحاً لأحدهما والآخر للآخر، فهل يرجّح جانب الموجودين؛ لأنّهم المالك فعلاً، أو جانب المعدومين؛ نظراً إلى أنّ التصرف في مال المولّى عليه لا يجوز إلاّ مع المصلحة، ف شراء ما لا صلاح له فيه خيانة له؟ وجهان... إلى غير ذلك من الفروع.

[الصورة الثانية]

٢٩/١٦٩ قوله: بغور أنهارها. وجه جواز

البيع ٧١-٧٢. أقول: الجارّ والمجرور متعلّق بمحذوف هو خبر أنّ، و«أنهار» جمع نهر.

١/١٧٠ قوله: إلى غير تلك الحالة. جواز البيع لو

كان النفع قليلاً بحيث يلحق بالمعدوم ٧٣:٤. أقول: أي غير حالة قلة المنفعة الموجبة للحقوق بالمعدوم.

بالمعدوم ٧٣:٤

إذا صارت
منفعة الوقف
قليلة لعارض
آخر غير
الخراب ٧٣

٣/١٧٠

قوله: ذكر بعض.

أقول: هو صاحب الجواهر، وضمير «وجه» فيما بعد راجع إلى ذاك.

قوله: وعرفت وجه النظر فيه.

أقول: وعرفت النظر في وجهه.

رجوع إلى
كلام صاحب
الجواهر ٧٣

٤/١٧٠

قوله: فيه ما عرفت سابقاً.

أقول: لم يسبق هذا منه شيء.

المناقشة في
كلام صاحب
الجواهر ٧٤

وكيف كان، يتجه على ما ذكره أنه يكفي وجهاً في بطلانه فرض كونه شرطاً للصحة من حيث الاستدامة أيضاً، كما هو قضية إضافة الإيراد عليها بعدم الدليل على هذا الشرط في الاستدامة، مع أنه مخدوش فيه للخدشة فيما علّله به من أن الشروط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المايّة... إلى آخره بأنه على إطلاقه ممنوع، ألا ترى أن الإجارة من العقود الناقلة مع أنها تبطل بخروج العين المستأجرة عن قابلية الانتفاع بعد الإجارة، وكذا العارية والوقف في جهة اشتراط كون العين ممّا ينتفع به مع بقاء العين حدوثاً وبقاءً مثل الإجارة؟ وبعد هذا لا يبقى مجال لقوله: «مع أن جواز بيعه إلى آخره» مع أنه مصادرة محضة؛ فالتحقيق ما ذكره هذا البعض.

١٢-١١/١٧٠

قوله: نعم لو لم يكن الدارية والبستانيّة.

أقول: هذا عين ما ذكره بقوله: «ولو فرض إرادة وقفها» فلا وجه للإعادة.

كلام صاحب
الجواهر فيما
لو انعدم عنوان
الوقف ٧٤

١٥-١٤/١٧٠

قوله: إنّه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنّه إن أريد.

أقول: مرادنا من العنوان ما جعل وصفاً للمفعول في قوله: «وقفت هذا

المناقشة
فيما أفاده
صاحب الجواهر
٧٥-٧٦

البستان» لكن بطور القيدية والدخالة في تعلّق الوقف بحيث يكون مجموع القيد والمقيّد معاً وبما هما شيء واحد موضوعاً للوقف في نظر الواقف، لا بطور المعرفيّة بحيث يكون مورد الوقف ذات المقيّد وإن تجرّد عن القيد كما هو

قضية قوله ﷺ: «ملاحظاً في عنوان وقفه البستانية» أي قاصداً لكونها دخيلاً فيه وقيداً لا معزفاً صرفاً كما في مثل: بعت هذا البستان أو وهبته، حيث لا داعي للبائع والواهب في أخذها قيداً في المبيع والموهوب بخلاف الواقف، فإنه قد يتعلّق غرضه ببقاء عنوان البستان كما هو واضح جداً، فلو فرضنا أخذه قيداً في المبيع يكون الحال فيه على المنوال من البطان بزوال العنوان لو فرض صحة هذا النحو من البيع والهبة، لكنّه فرض محض فيبطل من الأوّل لو قصده كذلك، وهذا بخلاف وقفه كذلك؛ إذ لا مانع من صحته بعد عموم حديث الوقوف... إلى آخره إلاّ توهم انتفاء التأييد المعتبر في صحة الوقف.

ويندفع هو بأنّ المراد منه مقابل التوقيت ولا توقيت هنا، ودعوى الإجماع على عدم بطلان الوقف بزوال العنوان المأخوذ في موضوع الوقف بطور القيدية كما هو المفروض، كما ترى.

١٦-١٥/١٧٠ قوله: فإنّ التملك المعلق على عنوان لا يقتضي دوران الملك.

أقول: بل يقتضيه فيما إذا أخذ العنوان في متعلّق التملك بطور القيدية وقلنا بصحة هذا النحو من التملك كما في الوقف، وإلاّ فإن لم يؤخذ فيه فالأمر كما ذكره أو أخذ فيه، ولكن لم نقل بصحته كما في البيع فيبطل من الأوّل.

١٨/١٧٠ قوله: فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه.

أقول: لا بأس بمقايسته بما ذكر من صورة موت الموصى بعد الوصية قبل القبول؛ إذ لو كان الأمر كما ذكره المصنّف رحمه الله - من أنّ تعليق التملك على عنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان - لكانت الوصية بالدار مثل الوصية بعروة الدار في عدم دخالة الدارية في الموضوع، فلا يكون حينئذ وجه لقولهم يبطلان الوصية بانهدام الدار لاتفاء موضوعها؛ حيث إنّ الموضوع ليس عنوان الدار بل ذات المعنونة وهو موجود.

وبالجملة: ما ذكره هذا البعض من المقايسة والتأييد لا بأس به، نعم هو

٣٤٢ هداية الطالب إلى أسرار المكاسب / البيع / ج ٣

مطالب بوجه الفرق بين صورة انهدام الدار قبل الموت وصورة انهدامها بعد تمام الوصية بقولهم بالطلان في الأولى دون الثانية؛ إذ لو كان العنوان مأخوذاً بطور القيدية فتبطل فيهما معاً، ولو كان لا بطور القيدية فلا تبطل فيهما معاً.

قوله: وخروج البستان. ١٩/١٧٠

أقول: هذا عطف تفسير للتمام.

قوله: من جهات أخر. ٢٠/١٧٠

أقول: غير جهة انتفاء الموضوع والعنوان، قيل: منها - أي من تلك الجهات الأخر - جهة الرد بعد الموت وقبل القبول، أو بعد الموت والقبض وقبل القبول، أو بعد الموت والقبول وقبل القبض، وغير ذلك. انتهى. فليتأمل.

[الصورة الثالثة]

قوله: وقيل يمكن. ٢٦/١٧٠

أقول: هو صاحب المقابس بفتح الميم.

قوله: على رعاية المنفعة.

أقول: أو رعاية مطلق المنفعة ولو كانت غير ما أعد لها كما هو ظاهر مستند الحلّي.

قوله: كما هو الظاهر من تعليل الشيخ.

أقول: يعني به قوله: لأن الوجه الذي شرطه الواقف... إلى آخره.

قوله: ولا يخلو عن تأمل. ٢٧ - ٢٦/١٧٠

أقول: لعل وجه منع ظهور تعليل الشيخ فيما ذكره لاحتمال أن يكون مراده من الوجه مطلق الانتفاع.

الأقوى المنع
٧٧ - ٧٦ : ٤

[الصورة الرابعة]

الأقوى المنع

والاستدلال

عليه ٧٨ : ٤

رواية جعفر بن

حنان على

جواز البيع

في هذه

الصورة

٧٨ - ٧٩ : ٤

٣٠/١٧٠ - ٣١ قوله: بناء على ما تقدّم من عدم دلالة.

أقول: لم يتقدّم منه ذلك.

٣٣/١٧٠ قوله في رواية ابن محبوب: وقف غلّة له.

أقول: يعني من الغلّة أرضها كما يشهد له قوله في الذيل: «أرأيت إن لم يخرج من غلّة تلك الأرض التي وقفها»؛ إذ الظاهر رجوع الضمير إلى الأرض لا الغلّة، وكذا قوله: «أيرد إلى ما يخرج من الوقف». ووجه الشهادة واضح.

٣٣/١٧٠ قوله فيها: «وأوصى لرجل».

أقول: الظاهر أنّ هذه الوصيّة في قوله: «وأوصى لرجل» كانت بطور الشرط على الموقوف عليهم في ضمن وقف أرض الغلّة بأن وقف الأرض على قرابته ويشترط عليهم في ضمنه أن يعطوا ذاك الرجل وعقبه بعد موت الواقف ذلك المقدار من الغلّة التي يكون لهم بمقتضى الوقف، والشاهد على ذلك حكمه ﷺ بكون هذا المقدار الموصى به للموقوف عليهم بعد انقراض الموصى له وعقبه؛ إذ لو كانت بطور الاستقلال بأن استثنى الواقف هذا المقدار من المنافع في مقام الوقف بأن قال: وقفت الأرض - أي سبّلت منافعها وغلّتها - إلّا هذا المقدار منها، ثم بعد تماميّة الوقف أوصى ذاك المقدار لرجل وعقبه، كان اللازم رجوعه إلى ورثة الواقف أو صرفه في وجوه البرّ.

ومما ذكرنا يعلم أنّه لا داعي لحمل الرواية على الوصيّة مع أنّه تصرف في ظاهر «وَقَفَ» من دون شاهد عليه إلّا تعلّقه بالغلّة من جهة عدم قابليّتها للانتفاع مع بقائها، وقد دلّلنا على أنّ المراد منها أرض الغلّة.

١/١٧١ قوله: ليس لقرابته أن يأخذوا.

أقول: يعني قرابته التي وقف الغلّة عليهم.

٣/١٧١ قوله: فللورثة من قرابة الميّت.

أقول: المراد من قرابة الميِّت قرابته من أبيه وقرابته من أمِّه الذين فرض في صدر الرواية وقف الغلَّة عليهم. وأمَّا الورثة فالمراد منهم قرابة الميِّت أمَّا بناء على عدم من في الرواية فواضح؛ إذ الظاهر أنَّ قرابة الميِّت إمَّا بدل عن الورثة، أو عطف بيان؛ وأمَّا بناء على وجودها فكذلك أيضاً لو كانت بيانيَّة، وأمَّا بناء على أنَّها للتبعض فالمراد منها البطن الموجود من قرابة الميِّت الأعمَّ منه ومن البطون اللاحقة.

قوله **الشيخ**: «نعم إذا رضوا كلَّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا».

٤/١٧١

أقول: هنا شيء ينبغي التنبيه عليه وهو أنَّه إذا سأل سائل عن شخص عن حكم فعل في حال ومشروطاً بشيء، وأجابه المجيب بشبوت ذلك الحكم ولكن معلقاً له على شيء غير ما علَّقه عليه السائل، كما لو قال السائل: هل يجوز إكرام زيد إذا جاءني؟ فقال في الجواب: نعم، أو يجب إذا كان عالماً، فهل الظاهر منه تصديق المجيب للسائل في شرطية المجيء للوجوب في الجملة قبل عدم دخالته فيه وتخطئته له في توهم كفايته وحده، وبيان لاعتبار انضمام كونه عالماً، فيكون معنى الجواب: أنَّه نعم يجب لا فيما إذا جاءك مطلقاً بل فيما إذا جاءك وكان عالماً؟ فعلى هذا لا تدلُّ الرواية على جواز البيع بمجرد الأعوديَّة، بل تدلُّ بمفهوم الشرط على عدم جوازه به، وهذا هو الظاهر من جواب المصنِّف عن الرواية.

أو الظاهر منه تخطئته في توهم أصل دخالة المجيء في الوجوب، وبيان أنَّ الشرط هو العلم فقط ولا دخالة للمجيء في الشرطية؟ فيكون المعنى أنَّه يجب لكن لا إذا جاء كما توهمته بل إذا كان عالماً، وعلى هذا تدلُّ الرواية على جواز بيعه بمجرد الأعوديَّة.

أو لا ظهور له في أحد الأمرين إلَّا بقرينة خارجيَّة مفقودة، فتكون مجعلة فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو وجود كلا القيدتين؟ وجوه امتنها الأخير

فتسقط الرواية عن درجة الاستدلال على المقصود لأجل الإجمال، نعم يصح الاستدلال بها على الجواز مع اجتماع القيدتين.

رواية الحميري
في الجواز
أيضاً ٨٠-٧٩:٤

٦/١٧١ قوله: فهل يجوز أن يشتري عن بعضهم.
أقول: لما فهم الحميري من الخبر المأثور عن الصادق عليه السلام جواز بيع الوقف وشرائه إذا اجتمع جميع أرباب الوقف سأل عن الحجة عليه السلام عن جواز شرائه في صورة عدم الاجتماع.

دلالة هذه
الرواية على
الجواز ٨٠:٤

٨-٧/١٧١ قوله: دلّت على جواز البيع أمّا في خصوص.
أقول: يعني دلالة رواية الاحتجاج بالنسبة إلى ما رواه عن الحجة عليه السلام؛ لأنّه الذي يصحّ التردد في مورد دلالته على جواز البيع فيه بين خصوص ما ذكره الراوي عن الصادق عليه السلام الذي رواه الحميري عنه مرسلًا - وهو صورة كون البيع أصلح؛ بناء على اختصاص جوابه عليه السلام بخصوص مورد سؤاله عن الحجة عليه السلام بقوله: «فهل يجوز أن يشتري من بعضهم» وهو صورة أصلحية البيع؛ حيث إنّ الظاهر أنّه عين ما روى عن الصادق عليه السلام جوازه مع اجتماعهم على البيع واعتمد على هذه الرواية وسأل عن حكم الشراء عن البعض، ومع عدم الاجتماع هل هو مثل صورة الاجتماع يجوز، أم لا؟ - وبين المطلق الشامل لصورة أصلحيّته وعدمها بناء على عموم الجواب لكنّه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر الدالة على اعتبار الخيرية في البيع، وأمّا ما رواه مرسلًا عن الصادق عليه السلام فهو مختصّ بصورة كون البيع أصلح، ولعلّ نظره في عدم تعرّضه للاستدلال بذلك مع صراحته في المقصود إلى ضعفه للإرسال.

وكيف كان، فلا يصحّ الاستناد إليه في المدعى لما ذكرنا من الضعف مع عدم عمل أحد بمضمونه إلّا المفيد عليه السلام على ما نسب إليه.
٩-٨/١٧١ قوله: كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف.

أقول: ظاهرها ذلك؛ إذ «الأرض» في قوله: «أن يبيعوا الأرض» ظاهرة في كل الأرض الموقوفة وتماها فلا مجال للحمل والتصرف؛ لأنه فرع العموم والاطلاق للكل والبعض.

قوله: ويؤيد المطلب. ٩/١٧١

أقول: يعني جواز البيع إذا كان أصلح وجه التأيد حملها على صورة كون البيع أصلح بالنسبة إليهم من جهة تقييدها برواية جعفر؛ ولعل الوجه في التعبير بالتأيد احتمال أن ما جعله الواقف للإمام عليه السلام ليس من باب الوقف بل من باب الهبة الغير المعوضة.

قوله: إنما تدلّ على الجواز مع الحاجة. ١٠/١٧١

أقول: ظاهره ظهور الرواية في اعتبار الأمرين في الجواز وقد مرّ الاشكال في ذلك، نعم تدلّ عليه معهما من باب الأخذ بالقدر المتيقّن.

قوله: بل يمكن أن يقال أن المراد. ١١/١٧١

أقول: هذا جواب ثانٍ، وفيه: أنه نعم لكنّه خلاف الظاهر من كون القيد والشرط في الكلام مسوقاً للاحتراز لا لبيان تحقق الموضوع.

قوله: ويحتمل أيضاً أن يراد. ١٣/١٧١

أقول: جواب ثالث، وقوله: «مع عدم الظفر بالقائل به» جواب رابع.

قوله: وعن المختلف وجماعة الجواب عنه. ١٤/١٧١

أقول: الضمير راجع إلى رواية جعفر، والتذكير - على تقدير صحّة النسخة - باعتبار الحديث، لا إلى رواية الحميري كما يدلّ عليه قوله بعد ذلك: «ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري». وحينئذٍ يتّجه عليهم بأنّه ليس في رواية جعفر ذكر العقاب بالقياس إلى الموقوف عليه، وإنّما ذكر العقب فيها بالقياس إلى الموصى له، وأين هذا من ذاك؟ ألا أن يقال: إنّ نظرهم في ذلك إلى قوله عليه السلام في آخر الرواية: «يتوارثون» أي الموقوف عليهم أعني قرابة الميّت

الجواب عن
رواية جعفر بن
حنان ٤: ٨١

جواب العلامة
عن الرواية ٤: ٨١

شروط العوضين / كونه طلقاً (صور جواز بيع الوقف) ٣٤٧

من أبيه وأمه، حيث إنَّ الظاهر من ذلك أنَّ الموقوف عليهم قرابته نسلاً بعد نسل وهو عبارة أخرى من الاعقاب.

وفيه: أنَّه يمكن أن يكون الموقوف عليهم خصوص الموجودين من القرابة مع كون الموجود منهم أزيد من طبقة واحدة وفرض كون الوقف عليهم بنحو الترتب كالإرث.

١٥-١٤/١٧١ قوله: لأنَّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلُّ على الاختصاص.

المنافشة

في الجواب

المذكور ٨٢: ٤

أقول: ولو سلّم فإنّما هو فيما لو لم يكن هناك قرينة على التأييد والتعميم كما في الرواية، فإنَّ قوله في آخر الرواية: «ثمَّ يقسّم بينهم يتوارثون ما بقوا وبقيت الغلّة» دليل على إرادة القرابة طبقة بعد طبقة.

١٥-١٦/١٧١ قوله: فرق في الحكم فافهم.

أقول: لعلّه إشارة إلى أنَّ عدم الاستفصال إنّما يدلُّ على عدم الفرق لو كان التعبير المذكور محتملاً لأنَّ يراد منه المؤبّد، مثل احتمال إرادة المنقطع بدون زيادة ونقصان، وأمّا لو كان الاحتمالان متفاوتين بمقدار يكون التعبير المذكور ظاهراً في المنقطع ولو لأجل الغيبة، فلا.

١٦/١٧١ قوله: مع ما فيها من الإشكال.

أقول: يعني ما ذكره في المقابس من أنَّ الظاهر من الوقف هو الوقف المعروف فقوله: «أوصى لرجل» يدلُّ على أنَّ استحقاق ذلك الرّجل بطريق الوصيّة الجارية بعد موت الواقف، ويلوح من قوله: «ويقسّم الباقي» في موضعين أنَّ استحقاق القرابة أيضاً على هذا الوجه، فإن كان الوقف قد استكمل شرائطه فكيف حكم الإمام عليه السلام بإمضاء الوصيّة، وإن لم يستكمل شرائطه أصلاً وأمضيت الوصيّة وبطل الوقف ورجع رقبة الأرض ومنافعها الخارجة عن الوصيّة ميراثاً، ولم يثبت فيه توارث القرابة لغلّتها دائماً، وإن كان الوقف معلّقاً على الموت كان باطلاً أيضاً، وإن وقع مطلقاً ولم يحصل اقباض فأوصى، ثمَّ

أقبض لها القرابة، فإن كان الاقباض فسخاً للوصية مضى الوقف وبطلت الوصية، وإن لم يكن فسخاً فكيف يمكن الجمع بين الأمرين معاً؟ وقد أجاب عن الاشكال المذكور بوجه يقتصر بذكر أولها، وهو: أن يراد من الوقف الوصية، ولا يجب تقدير المضاف حينئذٍ ولا إلى الحمل على الدوام لتعلق الوصية بالمنفعة والمنقطع بلا اشكال، ولما أوصى بدوام انتفاع القرابة من منافع تلك الأرض، وظاهر أن القسمة بالسوية لا على النصّ المعتبر في الإرث سمى ذلك بالوقف، ولوّح بعد ذلك بما يقتضي كونه على وجه الوصية وحينئذٍ يرتفع الاشكال المذكور. انتهى.

١٧/١٧١

قوله: ومما ذكرنا يظهر الجواب.

أقول: يعني بالموصول الجواب الثاني والرابع لعدم جريان الاول والثالث هنا.

الجواب عن
رواية الحميري
٨٢ : ٤

قوله: كان الثمن للبطن الأول البائع.

أقول: لظهور روايتي جعفر والاحتجاج في ذلك.

١٨/١٧١

قوله: كما تقدّم من استحالة.

أقول: ينبغي أن يكون لما تقدّم وعلى تقدير صحة النسخة فالكاف للتعليل.

مخالفه
الروايتين
للقواعد ٨٢ : ٤

[الصورة الخامسة]

٢٢ - ٢١/١٧١

قوله: ويردّه أنّ ظاهر الرواية.

أقول: لأنّ الظاهر ان لم يكفهم عطف تفسير لقوله: احتاجوا فيه منع واضح؛ لأنّ كلمة «نعم» إمّا راجعة إلى ما ذكره السائل مع قيده، أعني: الاحتياج وعدم كفاية الغلّة، أو إليه مع غضّ البصر عن القيد.

وعلى كلّ حال فيقتد برضا الكلّ وخيرية البيع، فيدلّ بمفهومه على كلّ من التقديرين على عدم كفاية الغلّة في جواز البيع، فالرواية ظاهرة في خلاف

الاستدلال
برواية جعفر
بن حنان على
جواز البيع
والمناقشة فيه
٨٣ : ٤

ما ذكره المصنّف.

هذا، ويمكن أن يقال: إن نظره إلى الشقّ الأوّل مع الالتزام بعدم كون الرضا وخيريّة البيع شرطاً شرعياً في الوقف فقط، بل هو بيان لما هو شرط في سائر البيوع أيضاً، فيكون الشرط الخاصّ بالوقف هو الحاجة، فلا يمكن الاستدلال بها أصلاً كي تصل النوبة إلى ردّها.

وكيف كان، فاستفادة التقييد بمؤونة السنة مع عدم وجوده في الخبر إمّا من تنزيل الكفاية على المتعارف عند الناس حيث يلاحظون أمر معيشتهم بالسنة، أو من سياق الكلام؛ حيث إنّه يعطى أنّ الغلّة لا تكفيهم إلى حصول غلّة أخرى من تلك الأرض، والمتعارف الغالب في الأراضي أنّها تغلّ في السنة مرّة واحدة.

٢٥/١٧١ قوله: مع أنّه قد يقال: إنّ ظاهر الجواب.

أقول: بأن يكون كلمة «نعم» جواباً للسائل في أصل جواز البيع، معرضاً عمّا ظنّه شرطاً ومجوّزاً من عدم كفاية الغلّة، ومبنيّاً لكون المناط والشرط أمراً آخر وهو الرضا مع أنفيّة البيع، ولا مدخلية للحاجة في الجواز أصلاً.

[الصورة السادسة]

٣١/١٧١ قوله: أو قلّة نفعه.

أقول: عطف على خرابه.

قوله: في وجه الجواز.

أقول: يعني به صحّة شرط البيع عند الحاجة مثلاً ونفوذ.

٣٢/١٧١ قوله: والبيع ينافيه.

أقول: فيكون اشتراطه من قبيل اشتراط خلاف مقتضى العقد، ويأتي في باب الشروط أنّه باطل، وسيأتي أنّ جواز البيع عند طرؤ المسوّغ ليس منافياً لمقتضى عقد الوقف بل منافٍ لمقتضى إطلاقه، ولا بأس به.

قوله: ويظهر منه أنّ للشرط تأثيراً.
أقول: وإلا فلا معنى للأولوية.

قوله: وأنّه يحتمل المنع من دون الشرط.
أقول: الظاهر أنّه عطف تفسير لقوله: «إنّ للشرط تأثيراً»، ويمكن أن يكون في مقام التعليل له، يعني يظهر من الشهيد من جهة التعبير بقوله: «فأولى بالجواز» أنّ الشرط يؤثر في مسوغة الحاجة أو وقوع الفتنة للبيع، وأنّه يحتمل المنع من دون الشرط بخلافه مع الشرط، فإنّه لا شبهة في مسوغة ذلك للبيع، فيكون المراد من الأولوية حينئذ هو القدر المتيقن، ومن هنا يعلم أنّ اللازم تبديل قوله: «والتجوز مع» إلى قوله: «بخلافه مع»، أو «ترك قوله مع»، والوجه واضح بأدنى تدبر.

قوله : وما لا فلا.
كلام المحقّق الثاني : ٨٥

أقول: يعني وما لا نقول بجواز بيع الوقف فلا يجوز اشتراط البيع؛ للمنافاة بين الشرط وبين مقتضى عقد الوقف، فلا يصحّ حين اشتراط البيع كون العين الموقوفة حبساً أيضاً.
قوله: لأنّ اشتراط شراء شيء.

أقول: يعني اشتراطه المدلول عليه بوقف المثلث بعد ضمّ عدم تعقّل كون المثلث وفقاً دون الثمن.

قوله: منافٍ لذلك.

أقول: أي الحبس.

قوله: لاقتضائه الخروج.

أقول: يعني لاقتضاء الاشتراط المذكور خروج المحبوس عن ملك الحابس، والحال أنّه لا يخرج عنه بل يبقى فيه، وإلا لم يكن فرق بين الوقف والحبس.

قوله: فلا يكون وقفاً ولا حبساً.

أقول: أمّا الأوّل فلاجل اشتراط بيعه المنافي له، وأمّا الثاني فلاجل اشتراط شراء شيء بضمنه يكون وقفاً، وهو منافٍ للحبسية بعد ما ذكرناه من الضميمة.

قوله: ويمكن أن يقال.

أقول: هذا إيراد على الثاني من شقي كلام المحقق الثاني.

قوله: في متن العقد، فتأمل. ٦/١٧٢

أقول: لعلّه إشارة إلى منع كون حبس الشخص من لوازم إطلاق الوقف،

بل من لوازم مفهومه.

قوله عليه السلام: فان أراد أن يبيع نصيباً من المال.

أقول: يحتمل قوياً أن يكون المراد من «المال» نماء الوقف لا نفسه،

وعلى هذا لا دلالة على جواز بيع الوقف مع الشرط.

قوله عليه السلام: وإن شاء جعله سري الملك. ٧/١٧٢

أقول: سري بالسّين المهملة والراء والياء، وعلى تقدير صحّة النسخة

لا يخطر ببالي معنى مناسب للمقام، هذا بناء على تخفيف الياء، ويمكن كونها

بالتشديد فهو على وزن فعيل بمعنى الشريف والنفيس كما في قوله تعالى

﴿تَحْتَكِ سَرِيّاً﴾^(١)، فعلى هذا يكون إضافته إلى الملك من إضافة الصفة إلى

الموصوف، والأصل جعله «الملك السري» أي الشريف النفيس الرفيع، فيمكن

أن يراد منه الملك الطلق بطور الكناية؛ نظراً إلى أن شرافة الملك ونفاسته إنما

هو بواسطة كونه طلقاً غير ممنوع عن التصرف فيه، كما لا يخفى.

وفي نسخة من الوافي: «شراء» بالشين المعجمة، وعليه يحتمل أن يكون

«الشراء» بمعنى المشتري بصيغة المفعول، ويكون إضافته إلى «الملك» من

إضافة الصفة إلى الموصوف، كما في جرد قطيفة. ويحتمل أن يكون «شروى» بمعنى المثل كما هو الظاهر من المقابس.

وعلى التقديرين مفاده مفاد التنزيل منزلة الملك فيما له من الآثار التي منها جواز البيع، فتدلّ هذه الفقرة على جواز اشتراط بيع الوقف وجوازه مع الشرط: إلاّ أنّه يمكن أن يقال: إنّ المراد من وجه الشبه هو خصوص الاختصاص بتمام المنافع، يعني وإن شاء جعل جميع منافعه مثل منافع ملكه لنفسه بحيث لا يكون لغيره نصيب منها.

قوله عليه السلام: «وإنّ ولد علي عليه السلام ومواليهم وأموالهم إلى الحسن بن علي عليه السلام».

أقول: إنّ نظارتهم إليه عليه السلام وأنّه الناظر فيهم وفي أموالهم، يعني: أموالهم الموقوفة لهم، فالجملة عطف على قوله: «فان أراد»، يعني: وفيه: إنّ ولد علي عليه السلام... إلى آخره.

٨/١٧٢

قوله عليه السلام: فبدا له أن يبيعها.

أقول: يحتمل رجوع الضمير إلى «الدار» الأولى، يعني: فبدا له أن يبيع داره ويسكن في دار الصدقة فليبيعها ويسكن في دار الصدقة لا حرج عليه فيه، فإذا باع داره وسكن في دار الصدقة فليقسّم ثمن داره ثلاثة أقسام... إلى آخر ما ذكره عليه السلام، فيكون هذا شرطاً على الحسن عليه السلام في جواز سكناه في دار الصدقة، ولا بأس به. وعلى هذا الاحتمال لا دلالة لهذه الفقرة على جواز بيع الوقف مع الشرط.

ويحتمل رجوع الضمير إلى الدار الثانية، أعني دار الصدقة، فيكون المعنى: أنّه إن كانت للحسن عليه السلام دار غير دار الصدقة بحيث استغنى عنها لوجود دار له عليه السلام فبدا له عليه السلام أن يبيع دار الصدقة... إلى آخره، وعلى هذا الاحتمال يدلّ على الجواز مع الشرط.

دلالة هذه
الصحيحة على
جواز اشتراط
البيع في
الوقف ٤: ٨٨

١٢/١٧٢ قوله تَرْجِي: والتأويل مشكل.

أقول: لقوة ظهوره في المعنى المذكور بفقراته الثلاث، أعني قوله: «أن يبيع نصيباً من المال» وقوله: «أن شاء جعله شروى المال» وقوله: «أن كانت دار الحسن عليّاً غير دار الصدقة فليبيعها إلى آخره»، وقد عرفت عند التعرّض لشرح كلّ منهما كيفية التأويل فيها، وأنّه لا إشكال فيه.

وأما أشكالية العمل به فلعلّ وجهها إعراض الأصحاب عن العمل به، لكن لا بأس به بعد موافقته لعموم «الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» و«المؤمنون عند شروطهم»؛ ولذا أفتى به المولى المحقّق سيّدنا الأستاذ في ملحقات العروة الوثقى.

[الصورة العاشرة] (١)

الدليل على
الجواز فيما
ذكرنا ٤: ٨٩-٩٠

٢١/١٧٢ قوله: وأما الأدلّة الشرعية.

أقول: يعني الأدلّة الدالّة على المنع من بيع الوقف.

٢٣/١٧٢ قوله: بالنسبة إلى الباقي.

أقول: يعني بالنسبة إلى المبدل المفروض بقاؤه وعدم بيعه.

قوله: ومما ذكرنا يظهر.

أقول: أي من فرض تضرّر البطن الموجود بضميمة قاعدة نفي الضرر بناء على أنّ مفادها عدم جعل حكم شرعيّ يلزم منه الضرر، يظهر وجوب تأخير البيع دفعاً للضرر في هاتين الصورتين المذكورتين في ذيل قوله: «ويشكل إلى آخره».

٢٤/١٧٢ قوله: ففي تقديم البيع.

أقول: يعني تقديمه على آخر أزمّة إمكان البقاء.

٢٥/١٧٢

قوله: ففي ترجيح حقّ البطن.

أقول: فيباع ويبدّل، أو حقّ الواقف... إلى آخره فيصرف المنفعة إلى الشخص ولا يباع.

لودار الأمر بين
بيعه وبين
صرف منفعته
مدّة من الزمان
لتعميره ٩٠

٢٧/١٧٢

قوله: فلا يرد.

أقول: المورد على الاستدلال المذكور صاحب المقابس، وحاصل الإيراد: أنّ كون البقاء على هذه الحالة إضاعة وإتلافاً منهياً عنه يدلّ على وجوب البيع، فلا معنى لقوله في مقام التفريع: «فيكون البيع جائزاً».

استدلال
الفاضل المقداد
على جواز
البيع فيما
ذكرناه: ٩٠-٩١

٢٨/١٧٢

قوله: وفيه أنّ المحرم إضاعة المال.

أقول: قضيّة الرواية الواردة في السفارة المطروحة في الطريق حرمتها مطلقاً.

المناقشة في
الاستدلال
المذكور ٩١

وأما قوله: «وإلّا لزم وجوب تعمير أوقاف»، ففيه: أنّ عدم وجوب ما ذكره إنّما هو من جهة لزوم الضرر من الحكم المذكور المنفيّ بحديث نفي الضرر، فلا وجه لأن يقاس عليه البيع الذي لا يلزم منه ذلك.

وبالجملة: هذا الاستدلال جيّد متين، وبهذه الرواية يصحّ الاستدلال على الجواز حتّى على القول بعدم خروجه عن ملك الواقف، وعلى القول بكونه ملكاً لله تعالى؛ لدلالاتها على ثبوت الولاية لغير المالك فيما يتوقّف عليه حفظه، ومنه البيع في المقام.

نعم، لو كان الواقف أو وارثه معلوماً وأمکن له التصديّ للبيع لا يجوز للغير؛ لعدم ثبوت ولاية للغير عليه حينئذٍ.

والخدشة في سند الرواية لا يصغى إليها بعد عمل الأصحاب بها في موردّها.

٢٩/١٧٢

قوله: ويتّضح فسادّه على القول.

أقول: لأنّ البيع حينئذٍ تضييع لحقّ البطون اللاحقة.

قوله: وهو مكاتبة ابن مهزيار... إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: «إن فلاناً إلى آخره».

أقول: ينبغي شرح الرواية أولاً؛ فاعلم أنه لا ريب في أن أمره عليه السلام ببيع حصته من الضيعة وهو الخمس لا يصح إلا أن يكون ذلك ملكاً له عليه السلام، والظاهر من قوله: «فأوقفها» أي تمام الضيعة، وقوله: «وجعل لك في الوقف» أي عيّن لك في ضمن إنشاء الوقف الخمس ولغيرك البقية، وقوله: «حصّتك من الأرض» وقوله: «أو يدعها موقوفة» أن سبب ملكه عليه السلام لخمس الضيعة هو الوقف لا شيء آخر، مثل أن يكون الواقف مديوناً له عليه السلام بمقدار الخمس، وجعله له من باب الوفاء بالدين، ونحو ذلك، فإنه في غاية البعد.

وبالجملة: الظاهر من الفقرات المزبورة: أن ملكه عليه السلام الخمس من الضيعة إنما كان من جهة الوقف وبسببه، ومن المعلوم أنه لا يكون سبباً له إلا إذا كان هناك من الإمام عليه السلام قبض وقبول، وإلا فأمره عليه السلام بالبيع يكون قرينة قطعية على كون الوقف الصادر من الرجل جامعاً لشرائط الصحة حين الصدور، فيحكم بتحقيق القبول والقبض منه عليه السلام أو من أحد وكلائه عليه السلام قبل هذه المكاتبة؛ إذ ليس فيها دلالة على عدم اطلاعه عليه السلام قبلها بوقفه؛ لاحتمال أن يكون المراد: أن فلاناً الذي تعلم أنه في زمان سابق على زمان المكاتبة بكثير ابتاع ضيعة فأوقفها في ذلك الزمان يسألك الساعة عن كذا وكذا.

هذا بناء على اعتبار القبول في صحة الوقف مطلقاً، أو فيما إذا كان خاصاً بناء على أن وقفه عليه عليه السلام كان من قبيل الخاص بأن كان الخمس له عليه السلام وإضافة الحصة إليه بلحاظ شخصه.

وأما بناءً على عدم اعتباره مطلقاً كما هو أحد الأقوال الثلاثة في المسألة، أو في خصوص العام، وقلنا بأن الوقف في المورد منه نظراً إلى أن الموقوف عليه كان عنوان الإمام وكانت إضافة الحصة إليه بخصوصه بلحاظ

الاستدلال
بمكاتبة ابن
مهزيار على
الجواز في غير
ما ذكرنا ٩٣

انحصار مصداق الموقوف عليه به.

وبالجملة: لا ينبغي الإشكال في ظهور الرواية بل صراحتها في: أن ملك الإمام عليه السلام لخمس رقبة الضيعة المستكشف بأمره عليه السلام بالبيع إنما كان بالوقف لا بسبب آخر، فلا مجال لحمل صدرها على صورة عدم القبول أو عدم القبض؛ ضرورة منافاته لصحة البيع المدلول عليها بأمره به.

إن قلت: إن كان الأمر كما ذكرت من صحة الوقف في موردها من جميع الجهات، فما الوجه والعذر في أمره عليه السلام بالبيع مع أنه لا يجوز نصاً وفتوى بيع الوقف بدون العذر المفقود في المورد؟ فإذا لم يمكن التصرف فيها بالحمل على صورة عدم تمامية الوقف من جهة منافاته لأمره بالبيع فلا بد من الطرح. قلت: نعم لكن دعوى فقد العذر المسوّغ للبيع لا شاهد عليها إلا خلوّ الرواية عن ذكر الوجه للجواز.

وفيه:

أولاً: إن مجرد هذا لو سلّم لا دلالة فيه على عدمه في مورد الرواية التي هي قضية شخصية، فلعله كان هناك مجوّز قد علم به الإمام عليه السلام بنقل الناقلين أو بغيره.

وثانياً: منع خلوّها عن التعرّض للمجوّز؛ وذلك لأن الظاهر أن السؤال عن بيع حصّته عليه السلام وعن بيع سائر الحصص قد وقع في مكاتبة واحدة لا متعدّدة كما يظهر من الوسائل ويرشد إليه قوله: «وكتبت أن الرجل ذكر» بالألف واللام وقوله في جواب الثاني: «وأعلمه» بالواو العاطفة.

وجه الإرشاد ظاهر، وقد أخبر في السؤال الثاني بوقوع الاختلاف بين أصحاب الوقف، ومعلوم أن اختلافهم فيه ولو بالنسبة إلى حصّتهم يوجب الضرر في حصّته أيضاً؛ إذ الظاهر أن شركتهم معه عليه السلام كانت بالإشاعة فيكون سبب جواز بيع حصّته عليه السلام هو السبب المسوّغ لبيع حصصهم، أعني: ذاك

الاختلاف بما أريد منه من المعنى الذي اختلف الأنظار في تعيينه، وقضية إطلاق جوابه عليه في السؤال الثاني ولو من جهة ترك الاستفصال جواز بيع جميع حصصهم للاختلاف مطلقاً ولو مع اندفاع الاختلاف ببيع بعض الحصص دون البعض، فيدل على كفاية ذلك في جواز بيع حصته عليه أيضاً مطلقاً.

إن قلت: ظاهر الرواية في الفقرة الثانية أن المتصدّي للبيع هو الواقف فإن تم الوقف وكان مؤبداً فالمشهور انتقاله إلى الموقوف عليهم، فلا وجه حينئذ لتصديده للبيع، وإن كان منقطعاً فلا وجه لاستيدانه من الإمام عليه في بيع حصته؛ لأن المنقطع باق في ملك الواقف؟ فيماذا تصلح ذلك؟

قلت: الأمر في ذلك مع أن الظاهر كون الوقف مؤبداً - فتأمل - سهل؛ إذ يمكن جعله الإمام متولياً على الوقف وناظراً على الموقوف عليهم، فيسهل عن إذنه ورأيه عليه في بيعه من باب أنه المتولّى والمرجع في ذلك.

ويمكن أن يكون الواقف بنفسه متولياً عليهم في حصصهم بجعله في الوقف، فيسأل عن حكم بيعه بما هو متولّ عليهم عند وجود هذا الاختلاف: هل يجوز لذلك حتى يبيعه بمقتضى ولايته عليه لو جاز شرعاً؟ فتحصّل: أنه ليس في المكاتب ما يوجب تأويلها أو طرحها.

بقي الكلام في بيان ما أنيط به جواز البيع فيها، فنقول: الظاهر أن المراد من الاختلاف الأوّل في كلامه عليه هو الاختلاف الشديد، إمّا لأجل أن اللام فيه للعهد، وإمّا لأجل أنه لا ظهور لها في الجنس لسبق ما يصلح المنع عن الأخذ بالإطلاق، فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو الاختلاف الشديد.

ويؤيده قوله: «فإنه ربّما جاء»؛ حيث إنّه لا يترقّب ذلك من جنس الاختلاف بأيّ مرتبة كان.

ثمّ الظاهر أن قوله: «فإنه ربّما جاء» من جهة التعبير بـ«جاء» بصيغة الماضي لا بصيغة المضارع ليس بياناً لوجه سببية الاختلاف بجواز البيع

وتعليلاً له بلا واسطة، وإلا كان المناسب أن يقول: «يجيء» بصيغة المضارع كما لا يخفى، وإنما هو تعليل لمحذوف هو العلة له مثل قوله: «لأنّ في الاختلاف احتمال تلف الأموال والنفوس» بطور المنع عن الخلوّ، فإنّه ربّما رأينا وسمعنا أنّه جاء من الاختلاف في شيء - ما لا كان أو غيره، وعلى الأوّل وقفاً كان أو غيره - تلف أموال المختلفين فيه ونفوسهم بعضاً أو كلّاً، فالتعليل في الحقيقة تعليل للمحذوف.

والحاصل: أنّه لا ينبغي الغفلة عن خصوصيّة التعبير بالماضي دون المضارع، فإنّ جملة من الإشكالات ناشئة من الغفلة المذكورة، ولعلّه نشير إلى بعضها.

ثمّ الظاهر أنّ الواو في قوله: «والنفوس» للجمع في ترتّبهما على جنس الاختلاف وتولّدتهما من الجنس قبال الشخص، يعني: أنّه ربّما اجتمع هذا وذاك في الحصول من الجنس أعمّ من حصولهما معاً من فرد منه ومن حصول أحدهما من فرد والآخر من آخر، فيكون وزانه وزان قوله: لا تزن فإنّه ربّما اتّفق أنّه جاء منه الجذام والبرص، يعني: لا تزن فإنّه يحتمل أن يجيء من الزنا الصادر منك جذام أو برص على سبيل منع الخلوّ في مقام الاحتمال؛ فإنّه ربّما اتّفق أنّه جاء من جنسه كذا وكذا معاً تارة وهذا أخرى وذاك ثالثة، فليس في التعليل دلالة على اعتبار ترتّب الأمرين معاً على الاختلاف الخاصّ.

فتحصّل من هذه الاستظهارات التي ذكرناها: أنّ مناط الجواز هو الاختلاف الشديد الملازم غالباً بل دائماً؛ لاحتمال ورود التلف على المختلفين في أموالهم: وقفاً كان أو غيره، بعضاً كان أو كلّاً، أو في نفوسهم كذلك، ونتيجة ذلك جواز بيعه فيما إذا كان هناك اختلاف شديد يوجب احتمال تلف بعض أموال الموقوف عليهم ونقصان منفعته وقفاً كان أو غيره.

هذا ما تيسّر لي في شرح المكاتبة واستظهار ما هو المناط في

جواز البيع.

١٨/١٧٣ قوله: وفيه: أنّ اللازم على هذا تعميم الجواز. المناقشة في الاستدلال المذكور ٩٥: ٤
أقول: هذا وكذا ما ذكره بعد ذلك بقوله: «وفيه: أنّ اللازم على هذا عدم اختصاص» من جملة الإشكالات التي نشأت من الغفلة عن خصوصية التعبير بالماضي، الموجبة لتوهم كون العلة علة لنفس الحكم المذكور لا للمحذوف، فتأمل تعرف.

٢٨/١٧٣ - ٢٩ قوله: لعدم ظهور الذيل في التعليل. الأظهر في مدلول المكاتبة ٩٧: ٤
أقول: بل لكونه تعليلاً لمحذوف هو علة الحكم كما عرفت.

٨/١٧٣ قوله: حيث إنّه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الاستدلال بالمكاتبة على الجواز فيما لو كان الخراب على وجه نقص المنفعة. الصورة السابعة.

أقول: يعني بالقسم الثاني منها كون الخراب على وجه نقص المنفعة سواء كان لأجل الخلاف أو لغيره.

ولا يخفى أنّ ما ذكره في تقريب الاستدلال والجواب الأوّل عنه غير مرتبط بأصل المدعى: من جواز البيع في القسم الثاني؛ إذ لا تعرّض فيهما على كون الخراب على وجه نقص المنفعة، وإنّما المستفاد من تقريب الاستدلال أنّ المقصود كفاية احتمال الخراب لأجل الاختلاف في جواز البيع والجواب أيضاً ناظر إلى منع ذلك ودعوى الاختصاص بصورة العلم أو الظنّ.

ودعوى أنّ تلف الأموال بإطلاقه يشمل نقص المنفعة؛ ولذا لم يتعرّض به، يدفعها أنّه لو كان كذلك لتعرّض في الجواب لمنع ذلك الذي هو العمدّة لا لمنع التعميم للاحتمال، فتعرّضه في الجواب للثاني دون الأوّل قرينة على أنّ ما ذكره في تقريب الاستدلال مسوق لبيان دلالة الخبر على عدم اعتبار العلم والظنّ، ولا نظر فيه إلى إثبات دلالة الجواز في صورة نقص المنفعة لا خصوصاً ولا عموماً.

نعم الجواب الثاني الذي ذكره بقوله: «مع أن مناط الجواز» ينطبق على المدعى، إلا أنه أجنبي عما ذكره في تقريب الاستدلال. هذا، ولكن يمكن أن يقال في وجه الربط: إن مراد المستدل من التلف ما يعم صورة النقص، وإنما اكتفى عن التعرض به صريحاً بما ذكره بقوله: «فيكون حاصل التعليل أنه كلما كان الوقف في معرض الخراب^(١) جاز بيعه» حيث إن التعبير عن التلف المصرح به في الرواية بالخراب دليل على أن المراد من الأول عند المستدل هو الثاني، وقد مر أن الخراب عام لصورة نقص المنفعة أيضاً فكذلك التلف، فحينئذ تدل الرواية على الجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة بالعموم؛ لكونه من جملة أفراد كون الوقف في معرض الخراب.

١٠/١٧٣

قوله: وفيه أن المقصود.

المناقشة في
هذا الاستدلال
٩٤ : ٩٥

أقول: يمكن الخدشة في هذا الجواب بأن عدم العمل بظهور الخبر من كفاية مجرد احتمال الخراب - ولو كان مساوياً أو مرجوحاً - لا يوجب رفع اليد عنه بالمرّة، وإنما يوجب تخصيصه أو حمله على صورة الاحتمال الرجّاح مع أن عدم العمل به قابل المنع؛ إذ لا وجه لنفي العمل به إلا من جهة ما جعله علة له من عدّ شمول الخوف في كلمات من عبّر بعنوان خوف الخراب لمجرد الاحتمال، بل لا بدّ في صدقه من أمارّة الخوف.

وفيه: مضافاً إلى منافاته إلى ما ذكره في الصورة الثامنة من عموم خوف الخراب في بعض العبائر السابقة لصورة عدم العلم والظن، كما أنه لو سلّم ذلك، فنقول: إن الاختلاف المفروض أمارّة الخراب علماً أو ظناً.

وأما الجواب الثاني، ففيه: أنه صرح بعد مقدار صفحة بعموم التلف لنقص المنفعة بقوله: «وليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأساً».

١٤/١٧٣

قوله: فلا يشمل الخراب.

(١) كذا في المكاسب، وفي الأصل: الجواب.

أقول: فلا يدلّ على الجواز في القسم الثاني من الصورة السابعة من كون الخراب على وجه نقص المنفعة.

١٥/١٧٣ قوله: تلف مال.

أقول: لو كان غير الوقف.

١٦/١٧٣ قوله: إنّ الحكم بالجواز.

أقول: يعني حكمه بجواز بيع الوقف بقوله: «إنّ بيع الوقف امثل» قد علّقه على الاختلاف بقوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف».

١٨/١٧٣ قوله: وفيه: أنّ اللازم.

أقول: يعني أنّ اللازم تعميم الجواز لما ذكره المصنّف، نظراً إلى عموم العلة مع أنّ المستدلّ لا يلتزم به.

١٩/١٧٣ قوله: مساق التقريب.

أقول: يعني وأنّ بناءه على الكشف عن حكمة الحكم.

١٩/١٧٣ - ٢٠ قوله: لكن تقييد الاختلاف حينئذٍ.

أقول: أي حين كون العلة تقرّيبية لا تحقيقيّة.

قوله: ممنوع.

أقول: لعدم الوجه له بعد منع تحقيقيّة العلة، بل يكون مفاد المكاتبة حينئذٍ جواز البيع بمجرد الاختلاف وإن كان مأموناً من ترتّب تلف الأموال والأنفس.

وفيه: أنّ عدم كونه علة لا ينافي التعلّد بما فيه مظنّته أو احتمالها.

قوله: وهو الذي فهمه الشهيد رحمته الله.

أقول: يعني منع التقييد بما ذكر المبتنى على سوق العلة مساق التقريب

أو سوقها مساقه، المستلزم لعدم التقييد بما ذكر هو الذي فهمه الشهيد رحمته الله، والأوّل أنسب لعبارة المصنّف رحمته الله.

الاستدلال
بالمكاتبة على
الجواز في
الصورة
الثامنة: ٩٥

المناقشة في
الاستدلال
المذكور: ٩٥

قوله: لكن الحكم على هذا الوجه.

أقول: يعني لكن الحكم بجواز البيع على هذا الوجه الذي فهمه الشهيد الثاني من الرواية، أعني: عدم تقييد الاختلاف بعدم الأمن الملازم لجواز البيع بمجرد الاختلاف، وإن كان يؤمن معه من تلف الأموال والنفوس مخالف للمشهور؛ لأنهم -رضوان الله عليهم- يقيّدونه بعدم الأمن منه.

قوله: مع ما فيه من ضعف الدلالة كما سيجيء إليه الإشارة. ٢١/١٧٣

أقول: يعني به ضعف دلالتها على كون مورد السؤال الوقف، وعلى حصول القبض، والمصنّف رحمه الله كما أشار إليهما بعد اثني عشر سطراً، كذلك أشار إلى جوابهما أيضاً، فينبغي ترك هذه الإضافة هنا.

قوله: ومما ذكرنا يظهر.

أقول: بتقريب أن يحمل قوله عليه السلام: «فإنه ربّما إلى آخره» على التعليل الحقيقي، ويحمل ذكر تلف الأموال والأنفس على المثال للضرر العظيم لا على الموضوعيّة، فيكون المناط الاختلاف الذي هو علّة لوقوع الفتنة التي من آثارها تلف الأموال، ومنها: تلف النفوس، ومنها: انهتاك الاعراض. وأما ردّه فبأنّ اللازم على هذا تعميم الجواز لكلّ مورد يكون كذلك، وإن لم يكن من جهة الاختلاف بين الموقوف عليهم والمستدلّ لا يلتزم بذلك.

قوله: مع أنّ خوف تلف الأنفس. ٢٢/١٧٣

أقول: أي مع ملاحظة أنّ ذكر الأموال أنّما هو لأجل ما يلزم غالباً تلف الأنفس، لا لأجل دخالته في مناط الجواز حتى يقال: إنّ الرواية من جهة اعتبار الأمرين لا تنطبق على الصورة العاشرة المكتفى فيها بخصوص تلف الأنفس، فلا يصحّ الاستناد إليها فيها.

قوله: وفيه أنّ اللازم على هذا عدم. ٢٣/١٧٣

أقول: لعموم العلّة.

الاستدلال
بالمكاتبة على
الصورة
التاسعة وردّه
٩٦ : ٤

الاستدلال
على الصورة
العاشرة : ٩٦ : ٤

ردّ الاستدلال
المذكور أيضاً
٩٦ : ٤

٢٤/١٧٣ قوله: مع أن ظاهر الرواية.

أقول: يعني مع أن ظاهر الرواية بواسطة كلمة «ربّما» عدم لزوم العلم أو الظنّ بل كفاية كون الاختلاف بحيث يحتمل فيه التلف احتمالاً عقلياً، ولو في ضمن الشكّ. والمقصود من الصورة العاشرة اعتبار تحقّق الفتنة علماً أو ظناً، فيكون الدليل أعمّ من المدّعى.

٢٦/١٧٣ قوله تعالى: إلى مطلق الفساد أو فساد خاصّ.

أقول: يعني بالأوّل: ما يعمّ نقص المنفعة، ومن الثاني: ما يختصّ بصورة انتفاء المنفعة، كما أن المراد من الاختلاف المطلق: ما يعمّ صورة عدم أدائه إلى تلف المال والنفوس كما عليه الشهيد رحمته الله في كلامه المتقدّم، ومن الاختلاف الخاصّ: الاختلاف المؤدّي إليه.

٢٧/١٧٣ قوله: الذي ربّما جاء فيه تلف الأموال والنفوس.

أقول: يعني تلف الأموال ولو كانت غير الوقف، وتلف النفوس ولو كانت غير نفوس الموقوف عليهم، والدليل على إرادته ذاك التعميم هنا قوله في آخر الصفحة: ولكن في النفس شيء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقّن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدّي علماً أو ظناً إلى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم، فافهم.

٢٧/١٧٣ - ٢٨ قوله: لأنّ الذيل مقيد.

أقول: يعني أن ذيل الرواية وهو: «فإنه ربّما جاء... إلى آخره» مقيد

لإطلاق الصدر.

٢٨/١٧٣ قوله: ولا مطلق ما يؤدّي.

أقول: يعني ولو كان غير الاختلاف.

٣٠/١٧٣ قوله: الغير الملازم.

أقول: هذا صفة للاداء، أي غير المعبر فيه أن يكون لازماً لاختلاف الموقوف عليهم اختلافاً خاصاً وناشئاً منه ومسبباً عنه يعني الاداء إلى الخراب

استناد
الفتاوى بجواز
بيع الوقف إلى
ما فهم من
المكاتبة
المذكورة ٩٧:

الأظهر في
مدلول المكاتبة
٩٧ : ٤

الإيراد على
المكاتبة
بإعراض
المشهور عنها
٩٧ : ٤

ولو كان مسبباً عن غير الاختلاف.

قوله: فيكون النسبة... إلى آخره.

أقول: وذلك لأن الرواية من جهة دلالتها على كفاية احتمال الخراب أعم من فتوى المشهور لا اعتبارهم بخصوص العلم أو الظن، ومن جهة اعتبار الاختلاف الخاص الذي يجيء منه تلف الأموال والنفوس أخص منها؛ لعدم اعتبارهم كون الاختلاف هو السبب في أداء البقاء إلى الخراب.

٣٧/١٧٣

قوله: ضعف دلالة الرواية.

أقول: يعني دلالتها على أصل جواز البيع.

وفيه: أنها صريحة في ذلك لا ضعف فيها كي يحتاج إلى الجبر باتفاقهم على أصل الجواز وأن اختلفوا في مناطه، هذا مع أن جبر الدلالة بالشهرة منافٍ لمذاقه.

الاجواب عن
الإيراد المذكور
٩٧ : ٤

٣٣/١٧٣

قوله: فهي على تقدير قصورها.

أقول: مع أنه لا قصور فيها لما يأتي رفع إحدى جهتي القصور بقوله: «لكن ليس في السؤال إلى آخره» والأخرى بقوله: «كما أن عدم ذكر البطن إلى آخره».

الإيراد على
المكاتبة بعدم
ظهورها في
الوقف المؤبد
أو ظهورها في
عدم إقباض
الموقوف
عليهم ٩٧ : ٤

قوله: منجبرة بالشهرة.

أقول: وباتفاق القائلين بجواز بيع الوقف المؤبد التام على استفادة الحكم المذكور من الرواية المذكورة واستنادهم فيه إليها. ويدل ذلك على أنهم فهموا أن مورد الجواز في الرواية هو الوقف المؤبد التام أو الأعم منه ومن المنقطع.

٣/١٧٤

قوله: لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره.

أقول: الظاهر وجود ما يوجب ظهوره في غير الوقف التام المؤبد من وجوه مذكورة في كلام المصنف رحمته الله ونشير إليها في مواردنا، فلا وجه

الاجواب عن
هذين الإيرادين
٩٨ : ٩٩

للتعدّي بترك الاستفصال.

٦/١٧٤ قوله: في الفقرتين.

أقول: يعني بهما قوله عليه السلام: «إن كان قد علم الاختلاف» وقوله: «فإنه ربّما جاء».

٧/١٧٤ قوله عليه السلام: وظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم.

الإيراد على
المكاتبة من
جهة أخرى
١٠٠-٩٩: ٤

أقول: هذا حدّ الوجوه الموجبة لظهور السؤال في غير الوقف المؤبّد التام، ويمكن أن يقال: إن مجرد تقسيم الثمن على الموجودين لا يخالف مقتضى المعاوضة؛ لاحتمال أن يكون تأييد كلّ منهم من الثمن وقفاً له ولعقبه لو أمكن.

٩/١٧٤ قوله: أعني الحبس الذي.

أقول: يعني لا الوقف المنقطع المصطلح لما فيه من الخلاف في بقائه في ملك الواقف وعدمه على أقوال على ما يصرّح به بعد ذلك، فلا منافاة بين الكلامين.

١٠/١٧٤ قوله: ويؤيّده تصدّي الواقف.

أقول: هذا ثاني الوجوه لظهور السؤال فيما ذكر. وثالثها قوله: «ويؤيّده أن ظاهر صدره إلى آخره» وجه التأييد في الأوّل مبني على كون الوقف المؤبّد التام خارجاً عن ملك الواقف وداخلياً في ملك الموقوف عليهم، كما هو المحكي عن المشهور.

قوله: أجنبيّ استأذن الإمام عليه السلام.

أقول: فيه أن الظاهر من السؤال استعمال حكم الواقعة كما يومي إليه قوله في الجواب: «إن البيع أمثل» فالحمل على استيذان خلاف الظاهر مضافاً إلى أنّه لا معنى لاستيذان الأجنبيّ مع وجود الموقوف عليه وقدرته على البيع.

١٢/١٧٤ قوله: ويؤيّده أن.

أقول: يعني يؤيد كون مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف. وجه التأييد أنه ظاهر في كون الموقوف عليه شخص الإمام عليه السلام، وهو لا يصح إلا بهذا النحو، ويمكن أن يقال: إن الموقوف عليه عنوان الإمام، وإنما أسند الملك إليه عليه السلام لكونه مصداقه، وحينئذ يصح كون الوقف في المورد مؤبداً لا منقطعاً.

قوله: أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام.

١٤/١٧٤

أقول: سيصرح بأنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

قوله: ويبقى الكلام.

أقول: يعني ويبقى الكلام بعد إصلاح ضعف دلالة الرواية وجبرها بالشهرة في تعيين احتمالات جواب الإمام عليه السلام المذكور فيها.

قوله: ولكن في النفس.

١٥/١٧٤

أقول: لعل الوجه فيه أن «ربما» وإن كانت تستعمل كثيراً في مورد الاحتمال إلا أنها تستعمل أيضاً كذلك في مقام العلم والظن، مع كون المراد منها صرف إفادة التعليل مجرداً عن كونه في ضمن الاحتمال.

قوله: في ذلك القسم.

١٧/١٧٤

أقول: يعني الأول.

قوله: بتلف الوقف.

أقول: باعتبار سقوطه عن حد الانتفاع رأساً بحسب نظر العرف.

قوله: إن الثمن في هذا البيع.

٢٠/١٧٤

أقول: التقييد بهذا البيع المراد منه البيع لأجل دفع الاختلاف إنما هو لبيان مورد الخلاف، يعني: أن اختلاف العلماء في أن ثمن الوقف يصرف على سبيل الصدقة أو يشتري به شيء يكون وقفاً مثل المبدل إنما هو في خصوص الثمن الذي يكون البيع فيه لأجل رفع الخلاف، وأما إذا كان لرفع الحاجة الشديدة أو

الجواب عن هذا الإيراد وأمثاله ٤ : ١٠٠

القدر المتيقن من المكاتبه ٤ : ١٠٠

بـ الثمن لـ بطن الموجود أن يشتري به ما يتكون وقفاً ٤ : ١٠١

لأجل خرابه لا لأجل الاختلاف بين أرباب الوقف، فلا إشكال ولا خلاف في اختصاص الموجودين وصرفه فيهم في الأول، وإلا يلزم نقض الغرض وفي كونه وفقاً لجميع البطون كالمثمن بمقتضى البدلية في الثاني.

ثم إنه قد يجمع بين كلمات العلماء في الفرض ويحمل^(١) كلام القائلين بقسمة الثمن على الموجودين على صورة عدم ارتفاع الخلاف إلا بذلك، وحمل كلام الطرف المقابل على صورة ارتفاعه بمجرد التبديل، كما يشهد به قول المحقق الثاني على وجه يندفع به الخلف.

قوله: لكن الوجه الثاني ينافي قوله. ٢٢/١٧٤

أقول: وجه المنافة أن اختصاص الثمن بالموجودين في صورة البيع لأجل الحاجة الذي قال به، مثل المقام في مخالفته مقتضى قاعدة المعاوضة، ودليله الذي تمسك به في القول بالاختصاص في الصور المذكورة وهو رواية جعفر ليس له دلالة على الاختصاص فيها إلا بالتقرير، فلو كان عدم قوله بالاختصاص في مسألتنا من جهة منعه عن العمل بالتقرير، وعدم حجتيه فيه عنده مع تسليمه أصل وجود التقرير لناقض قوله بحجية التقرير المستكشف من تمسكه برواية جعفر التي لا دلالة لها على الاختصاص إلا بالتقرير.

[الوقف المنقطع]

قوله: من حيث لزوم الغرر. ٢٦/١٧٤

هل يجوز بيع

الوقف المنقطع

أم لا ؟ ٩ : ١٠٢

أقول: ومن أن الغرر المانع من صحة البيع إنما هو فيما إذا كان في نفس المبيع دون منفعته، وهو هنا من جهة معلومية المبيع منتفٍ، وقد حكى ذلك من صاحب الرياض في بيع السكنى المؤقتة، فراجع.

- المحكي عن جماعة صحّة البيع في السكنى المؤقتة بعمر أحدهما ٤: ١٠٢
- قوله: ولعلّه إمّا لمنع الغرر. ٢٩-٢٨/١٧٤
- أقول: يعني منع الغرر المانع وجوده عن الصحّة، أو منع مانعيّة الغرر المنفيّ عن الصحّة.
- قوله: سواء أراد بيع الواقف. ٢/١٧٥
- أقول: يعني سواء أراد بيع الواقف مع رضا الموقوف عليه، أو بيع الموقوف عليه مع رضا الواقف.
- قوله: كما يدلّ عليه كلامه.
- أقول: يعني على تجويز البيع مع اتّفاق الموقوف عليه والواقف، ولعلّ نظره في موضع الدلالة إلى قوله: «ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة» حيث إنّّه يدلّ على أنّه مع رضاه يجوز بطريق أولى.
- قوله: فتأمّل. ٤/١٧٥
- أقول: لعلّه إشارة إلى أنّه حقّ الانتفاع، ولعلّه غير قابل للاسقاط.
- قوله: وإنّ أجاز الموقوف عليه. ٦/١٧٥
- أقول: لأنّ إجازته غير نافذة.
- قوله: إلّا أنّ الكلام في ثبوت هذا القول. ٩/١٧٥
- أقول: إنّما القاضي يقول بملك الواقف من أوّل الأمر بالملكيّة المتحقّقة قبل الوقف، لا بالعود بعد خروجه عن ملكه.
- لو كان للموقوف عليه حقّ الانتفاع دون تملك المنفعة ٤: ١٠٤
- حكم البيع بناء على عودة إلى ملك الواقف ٤: ١٠٥
- إيراد التنافي على القاضي ودفعه ٤: ٢٠٥

[عدم جواز بيع أم الولد]

- قوله: مثل ما روى عن أمير المؤمنين عليه أفضل الصلاة والسلام. ١٦-١٥/١٧٥
- عدم جواز بيع أم الولد ٤: ١٠٧

أقول: قد يقال: قريب منه رواية عمر بن يزيد الآتية: «قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمّهات الأولاد» فإنّها أيضاً كالصريح في كون بيعها من المنكرات، لكن يمكن منع دلالتها على ذلك، ويعلم وجهه بالتدبّر في

أمثال هذا السؤال.

قوله عليه السلام: «وقل من يشتري أمّ ولدي».

أقول: الظاهر ولو بقرينة قول الإمام عليه السلام: «أمّ ولدي» أنّ الولد كان من الأمة المرضعة، ويحتمل أن تكون أمة رضاعاً لا نسباً، فيثبت ذلك الحكم في أمّ الولد النسبي بالأولوية، لكن الظاهر من كلماتهم اختصاص الحكم بأمّ الولد النسبي، كما يشهد له عدم تعرّض أحد منهم لبيان حكم بيع الأمّ الرضاعي، فإنّ هذا يومئ إلى أنّ عدم جريان هذا الحكم فيها من المسلمات، ومع هذا الاحتمال لا يصحّ الاستناد إليه في إثبات عدم جواز بيع أمّ الولد النسبي شرعاً، وكونه من المنكرات الشرعيّة.

نعم يدلّ على كونه كذلك عرفاً، ولكنّه غير مجدٍ إلا أن يمنع كون بيع أمّ الولد الرضاعي منكراً في العرف أيضاً، فيتعيّن حينئذٍ كون المراد منها - بمعونة صراحته في كونه من المنكرات - هو الأمّ النسبي، ولكن لا دلالة فيه أيضاً على أزيد من كونه مستهجنّاً في العرف، لكن يأبى عن الحمل على ذلك كونه على خلاف وظيفتهم عليهم السلام أعني بيان الأحكام الشرعية، مضافاً إلى أنّه خلاف ظاهر السؤال والجواب.

قوله: ومنها كلماتهم في رهن أمّ الولد، فلاحظها. ١٩/١٧٥

أقول: قال العلامة في القواعد: وفي رهن أمّ الولد في ثمن رقبته مع إعسار المولى إشكال، ومع يساره أشكل، وفي غير الثمن أشدّ.

قوله: بعض سادة مشايخنا. ٢٢/١٧٥

أقول: يعني به سيّد المناهل رحمته الله.

قوله: ويحتمل أن يراد الولادة من الوالد. ٣٤/١٧٥

أقول: هذا بعيد جداً في لفظ «الولد» بل لا مجال له مع ملاحظة إضافة

«الأمّ» إليه.

كلمات الفقهاء
في ذلك ٤: ١٠٨

قول السيّد
المجاهد بجواز
غير البيع من
النواقل والرد
عليه ٤: ١٠٩

معنى أمّ الولد
٤: ١١١

٣/١٧٦

قوله: لأنّ زمان الحكم.
أقول: يعني أنّ زمان حكمه ^{الطلاق} يكونها من أمّهات الأولاد إنّما هو ما بعد
تحقّق السعي والعجز عقيب الحمل، والغالب فيه ولوج الرّوح حينئذٍ.
وفيه: أنّ العجز في المكاتب المشروط يتحقّق بتأخير النجم عن وقته كما
عن المفيد، واختاره في (قف) للنصّ، ولا يخفى أنّ العجز بهذا المعنى يتحقّق
قبل ولوج الروح بكثير.

تحقّق
الموضوع
بمجرّد الحمل
والدليل عليه
١١٢-١١١: ٤

١٠/١٧٦

قوله: وعلى هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد.
أقول: قال ^{بَيِّنُ} في محكيّ التنقيح في ردّ من اكتفى بوضع العلقه مستنداً
إلى كونه مبدأ خلق آدميّ ما نصّه: والمبدئيّة غير كافية إجماعاً، وإلاّ لكفت
النطفة، لأنّها مبدأ أيضاً، لكنّها غير كافية إجماعاً، وإنّما الاعتبار بصدق الحمل،
وإنّما يصدق حقيقة بعد التخلّق؛ فلذلك قال المصنّف ^{بَيِّنُ}: مع تحقّقه حملاً.
انتهى. لعلّ قوله: «وإنّما يصدق بعد التخلّق» يأبى عن التنزيل المذكور لعدم
تحقّق التخلّق بمجرد الاستقرار في الرّحم.

لا عبرة بمجرد
النطفة ما
لم تستقرّ
في الرحم
١١٤-١١٣: ٤

١١/١٧٦

قوله: مستدلاً بعموم الآية.
أقول: يعني قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ
حَمْلَهُنَّ﴾ ^(١).

١٢/١٧٦

قوله: يكذبها التأمل في الاستعمالات.
أقول: لأنّها ليست بلحاظ العلاقة والالتفات إليها.

١٣-١٢/١٧٦

قوله: مع أنّه لم يزد فيه على الحكم عن الشيخ.
أقول: يعني ومجرّد الحكم لا يدلّ على الموافقة.
وفيه: منع عدم الدلالة مع السكوت عن الإيراد على المحكيّ، كما صرح
بذلك المصنّف في مسألة اشتراط التنجيز في العقد.

ثمرة تحقق
الموضوع فيما
إذا أُلقت ما
ففي بطنها
١١٤: ٤

تحقق العلق
بالمساحقة
أيضاً: ١١٥

اشتراط أن
يكون الوطء
على وجه
يلحق الولد
بالواطئ: ١١٦

المشهور
اعتبار الحمل
في زمان
الملك: ١١٦

١٥/١٧٦ قوله: بلا إشكال.

أقول: لا اعتبار بقاء الولد في إجراء أحكام أم الولد على الأمة.

١٩/١٧٦ قوله: فيتحقق بالمساحقة.

أقول: يعني المساحقة مع موطوءة المولى بالوطء المترتب عليه لحوق الولد به حرّة كانت أو أمة. ويحتمل أن يراد بها المساحقة مع المولى بأن يساق بفرجها ذكره من غير تحقق الدّخول، فينزل في خارج الفرج، فتجذب الأمة إياها بفرجها، ويحتمل إرادة الأعمّ منهما لا اشتراكهما في الحكم.

٢١/١٧٦ قوله: لعارض آخر.

أقول: مثل الظهار والإيلاء وفي الإحرام وفي شهر رمضان والاعتكاف.

٢٤/١٧٦ قوله: غير مطردة ولا منعكسة.

أقول: أمّا الأوّل فلجواز بيع بعض المستولادات مع وجود العلة المذكورة، أعني: الكون في معرض الانعتاق من نصيب الولد، وذلك كالمستولدة التي مات قريبها وخلف تركة ولم يكن له وارث سواها، فتشترى منها فتعتق وترث قريبها كما هو مذهب جماعة، بل عن بعضهم دعوى إجماع الأصحاب، فهي مع كونها في معرض الانعتاق تباع.

وأما الثاني؟ فلعدم جواز بيعها مع انتفاء العلة المذكورة، كما في أم الولد الرّضاع بناء على بعض محتملات الرواية المذكورة في أوّل المسألة، فإنّها لا تباع مع أنّها لا تنعتق من نصيب الولد الرّضاع، فتأمل.

وكما إذا كان ولدها مرتداً، فإنّها لا تباع مع أنّه لا يرث من أبيه حتى تنعتق

من نصيبه.

٢٥/١٧٦ قوله: كروايتي أسكوني.

أقول: يمكن أن يقال: إنّ لا دلالة في رواية السكوني على أزيد من أنّ المكاتب المذكورة فيها من أمّهات الأولاد، ويترتب عليها أحكامها أيّما كان،

المنع عن بيع
أم الولد قاعدة
كلية مستفادة
من الأخبار
والإجماع: ١١٦: ٤

وَأَمَّا إِنْ أُمُّ الْوَلَدِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا، فَلَا دَلَالَةَ لَهَا عَلَيْهِ.

وَأَمَّا رَوَايَةُ ابْنِ مَارْدِ فَهِيَ - عَلَى مَا صَرَّحَ بِهِ الْمُصَنِّفُ فِي أَوَاخِرِ الصَّفْحَةِ - ظَاهِرَةٌ فِي كَوْنِ الْبَيْعِ الْمَمْنُوعِ فِي غَيْرِ ثَمَنِ الرِّقْبَةِ، وَسَتَقَفُ فِيمَا بَعْدَ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ - عَلَى وَجْهِ الظُّهُورِ، فَلَا دَلَالَةَ فِيهَا عَلَى إِطْلَاقِ الْمَنْعِ.

وَأَمَّا غَيْرُهَا فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ: مَا تَقَدَّمَ فِي أَوَّلِ الْمَسْأَلَةِ مِنْ قَوْلِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عليه السلام: «خَذْ بِيَدِهَا وَقُلْ مَنْ يَشْتَرِي أُمَّ وَلَدِي»، وَقَدْ مَرَّ الْإِشْكَالُ فِي دَلَالَتِهِ عَلَى الْمَنْعِ الشَّرْعِيِّ عَنْ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَأَمَّا صَحِيحَةُ عُمَرَ بْنِ يَزِيدَ فَمُورِدُ دَلَالَتِهَا هُوَ السُّؤَالُ عَنْ سَبَبِ بَيْعِ الْأَمِيرِ عليه السلام أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ مِنْ جِهَةِ دَلَالَتِهِ عَلَى ارْتِكَازِ كَوْنِ بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ مِنَ الْمُنْكَرَاتِ، وَتَقْرِيرِهِ عليه السلام ذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ الْإِشْكَالُ فِي دَلَالَتِهِ عَلَى ذَلِكَ، فَلَمْ يَبْقَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى انْقِلَابِ أَصَالَةِ الْجَوَازِ فِي بَيْعِ أُمِّ الْوَلَدِ الثَّابِتَةِ بِعُمُومِ ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ^(١) وَقَاعِدَةِ السُّلْطَانَةِ إِلَى أَصَالَةِ الْمَنْعِ بِحَيْثُ يَحْتَاجُ فِي كُلِّ مَوْرِدٍ إِلَى دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ إِلَّا الْإِجْمَاعَ.

وَيُمْكِنُ الْمُنَاقَشَةُ فِيهِ بِقُوَّةِ احْتِمَالِ اسْتِنَادِ جُلُومِهِمْ لَوْلَا كَلَمَهُمْ إِلَى تِلْكَ الْأَخْبَارِ الْمُتَقَدِّمَةِ الَّتِي عَرَفَتْ الْخُدْشَةَ فِي دَلَالَتِهَا، فَمُقْتَضَى أَصَالَةِ الْجَوَازِ الثَّابِتَةِ بِالْعُمُومَاتِ جَوَازَ بَيْعِهَا كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ إِلَّا فِي مَوْرِدِ دَلِّ الدَّلِيلِ فِيهِ عَلَى الْمَنْعِ.

[ما يستثنى من بيع أم الولد]

[القسم الأول]

٣-٢/١٧٧ قوله: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد.
أقول: قضية جوابه عليه السلام المختص بصورة موت المولى أن يبيعه عليه السلام لها
إنما كان بنحو الوصاية من المولى، أو بنحو الولاية على الصغير لو كان وارثه
صغيراً.

٥/١٧٧ قوله: ومقتضى إطلاقها.

أقول: هذا شروع في حكم البيع في ثمن الرقبة في حياة المولى.
قوله: كما قيل.

أقول: وجه التعبير بالـ«قيل» هو الإشارة إلى ما سيأتي من اختصاص
الجواز في الصحيحة بصورة موت المولى، فلا إطلاق فيها.
٦/١٧٧ قوله: لكنّه لا تخلو عن قوّة.

أقول: يعني المنع، ونظره في وجه القوّة إلى منع إطلاق الرواية الثانية
لعمر بن يزيد لصورة حياة المولى بدعوى ظهور قوله: «تباع في الدين» في
كون البائع غير المولى بعد موته، فيرجع إلى القاعدة ونتيجتها المنع، ولكن
ستعرف سقوط هذه الدعوى، وعليه يتعيّن أن يكون وجه القوّة ما ذكره بقوله:
«نعم يمكن أن يقال في وجه القوّة» من الرجوع إلى القاعدة لكن لأجل تساقط
ما يصلح بالتخصيص القاعدة بالمعارضة لا لأجل عدم ما يصلح له أصلاً كما
في الوجه الأوّل، وسيأتي التصريح برجحان رواية عمر على مقابلها، فالأقوى
حينئذٍ ما ذهب إليه المشهور من الجواز.

٧/١٧٧ قوله: فيدلّ على نفي الجواز عمّا سوى هذا الفرد.

أقول: في هذا إشارة إلى بيان وجه التقييد وحمل المطلق على المقيد في
المقام، مع أنّه لا تنافي بينهما يوجب التقييد لكونهما مثبتين.

لا إشكال في
جواز البيع في
هذه الصورة
والدليل عليه
٤: ١١٩-١٢١

وحاصل الوجه: أن التقييد هنا إنما هو بمفهوم المقيّد لا بمنطوقه، والتنافي المعتبر في حمل المطلق على المقيّد إنما هو فيما إذا كان التقييد بمنطوق المقيّد.

وبعبارة أخرى: فيما إذا كان التقييد لأجل رفع التنافي بين المطلق ومنطوق المقيّد، وهذا النحو من التقييد ليس منوطاً على دلالة القيد في المقيّد على المفهوم، كما توهمه شيخنا بهاء الملة والدين، وأما إذا كان التقييد بمفهوم المقيّد في ما إذا كان له دلالة على المفهوم، فلا يعتبر فيه التنافي بين المطلق والمقيّد لتحقق التنافي بين المطلق ومفهوم المقيّد، والمقيّد في المقام من الثاني؛ لدلالته على المفهوم وهو نفي الجواز عمّا سوى ذلك، وذلك أمّا لورودها... إلى آخر ما في المتن.

٩-٨/١٧٧

قوله: بكلا وجهيه واضح.

أقول: أمّا الأوّل فلمنع كون السؤال عن جميع موارد جواز بيع أمّهات الأولاد حتّى يدلّ الاختصار في الجواب ببيان مورد واحد مع كونه ^{عائلاً} في مقام بيان كلّ مورد يجوز فيه البيع على الحصر، وإنّما السؤال عن خصوص مورد جواز بيع خصوص أمّهات الأولاد التي باعها الأمير ^{عليه السلام} فليس حينئذٍ في الصحيحة السابقة ما يدلّ على الحصر حتّى يقيد إطلاق مفهوم الرواية الثانية لعمر بن يزيد.

وأما الثاني فلا أنّه مبنيّ على أن يكون «ذلك» في قوله: «سوى ذلك» إشارة إلى ثمن رقابهنّ المذكور سابقاً، مع ملاحظة تقييده بقوله: «ولم يدع» المدعى ظهوره في الموت، وهو في حيّز المنع؛ إذ من المحتمل أن يكون المشار إليه دين ثمن الرقاب من دون لحاظ حياة المولى وموته.

٩/١٧٧

قوله: بعد الغضّ.

أقول: أي بعد فرض الظهور المذكور كالعدم؛ إذ مع ملاحظته يكون مفاد

وجه عدم الجواز ٤: ١٢١

هذا منافياً لموضوع رواية ابن مارد لا أعم من وجه، لكن عدم الظهور المذكور واقعي لا فرضي؛ لأن مجرد الإتيان بصيغة المجهول لا دلالة فيه على أنه بعد موت المولى لاحتمال أن يكون هو الحاكم، لاحتمال كونه مفلساً أو غائباً، فافهم.

٩/١٧٧ - ١٠ قوله: إن النسبة بينها وبين رواية ابن مارد المتقدمة عموم من وجه. أقول: يعني بينها وبين مفهوم قوله **الطلاق** في رواية ابن مارد: «ما لم يحدث عنده حمل». والوجه في كون النسبة ما ذكر اختصاص رواية ابن مارد بحال الحياة كما هو قضية قوله: «إن شاء باعها» وعمومها لكون البيع في ثمن الرقبة أو غيره، واختصاص رواية عمر بالبيع في ثمن الرقبة وعمومها لحالتي الحياة والموت، كما هو قضية الغض عن ظهورها في حال الموت وفرض عمومها لها ولحال الحياة.

١٢/١٧٧ قوله: وإن صدر عن بعض المحققين.

أقول: قيل: إنه صاحب المقابس **رحمته**، والحق معه؛ لما عرفت من عدم الدليل على انقلاب أصالة الجواز في بيع أم الولد إلى أصالة المنع نصاً وفتوى.

١٦/١٧٧ قوله: الظاهر في عدم كون.

أقول: وذلك لأجل الغلبة في مثل مورد الرواية من مكثها عند المولى مدة مديدة وسنين عديدة المدلول عليه بكلمة «ما شاء الله» التي كنى بها عن طول المدة، ومن المعلوم أن عدم الولادة في مدة لا يتحقق فيها إلا مرة لا يصير طويلاً من حيث المدة، بل لا بد في تحققه من مضي مقدار من الزمان قابل لوقوع الولادة فيه مراراً كي يصح التعبير بالكلمة المزبورة، والغالب في مثل ذلك عدم بقاء ثمن الأمة إلى هذه المدة الطويلة، بل يؤدي قبل ذلك بكثير، فيمكن أن يكون إطلاقها وارداً مورد الغالب.

فظهر أن توصيف الإطلاق بالظهور المذكور إشارة إلى وجه مرجوحية

إطلاق رواية مارد بالقياس إلى مقابله، وإلى هذا الوجه أشار في قوله بعد ذلك: «كما يظهر بالتأمل».

قوله: الأقوى هو الثاني.
أقول: الأمر كذلك لأن أدلة استثناء بعض الأمور من لزوم صرفه في الدين حاكمة على قوله: «ولم يدع من المال ما يؤدى عنه» المقيّد لإطلاق قوله: «نعم في ثمن رقبته» ومبنيّة لكون المراد من المال فيه المال الذي يباع ويصرف في الدين، فلا يعمّ المستثنيات.

هل يعتبر عدم ما يفي بالدين ولو من المستثنيات أو ممّا عداها ؟
١٢٢ : ٤

قوله: بل ربّما تؤمّل فيما قبله فتأمّل.
أقول: الأمر بالتأمّل إشارة إلى ضعف التأمل في سابقه، وهو أن يستدين ثمنها ويشتريها نقداً بعين ما استدان؛ حيث إنّ قوله: «نعم في ثمن رقبته» يعمّ ذلك؛ إذ المراد منه: نعم في دين هو ثمن رقبته أو إن كان ذاك الدين ثمن رقبته، وعلى التقديرين يعمّ الصورة المذكورة، بل يمكن أن يقال: إنّ معناه أنّه نعم في أداء دين حصل من قبل ثمن رقبته، فيعمّ الصورة الثالثة أيضاً.
هذا، والانصاف خلاف ذلك، وأنّه إشارة إلى وجه التأمل فيه، وهو أنّ الظاهر من قوله في الصحيحة الأولى بعمره: «لم يؤدّ ثمنها» الموجب لتقييد إطلاق قوله في الأخرى: «نعم في ثمن رقبته» من هذه الجهة كتقييد إطلاقه بقوله في الأولى: «ولم يدع من المال» أن يكون الثمن نفس ما اشتغلت ذمته للبائع بإزاء الجارية، فيختصّ بالصورة الأولى.

عدم الفرق بين كون ثمنها ديناً أو استدان لشرائها ؟
١٢٣ : ٤

قوله: وجوه أحوطها الأوّل.
أقول: وجه الأوّل الجمع بين حقّي الاستيلاد والدين. وجه الثاني ما ذكره من إطلاق الرواية أيضاً لكن مع دعوى انصرافه عن صورة الرضا بالتأخير وإسقاط حقّ الحلول، فيرجع إلى قاعدة المنع.

هل تشترط مطالبة البائع أو يكفى استحقاقه ؟
١٢٤ : ٤

ويمكن أن يكون الوجه في الأوّل هو الإطلاق بضميمة دعوى انصرافه

شروط العوضين / كونه طليقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٣٧٧

إلى صورة المطالبة لدعوى غلبتها بالقياس إلى غيرها، لكنها دعوى ممنوعة.

٣٠/١٧٧ قوله: ففي وجوب القبول نظر.

لو تبرّع متبرّع
بالأداء ٤: ١٢٤

أقول: ناش من الجمع بين حقي الاستيلاد والدين، ومن الاطلاق وأصالة

البراءة.

٣٣/١٧٧ قوله: مطلقاً أو مع إذن الحاكم.

لو امتنع الولي
من أداء الثمن
من غير عذر
٤: ١٢٥

أقول: وجه التريديد هو التريديد في اعتبار إذن الحاكم في جواز المقاصة

فالثاني وعدمه وهو الأقوى فالأول.

قوله: وجه.

أقول: قد علّله في المقاس بتنزيل الإيسار مع الامتناع منزلة الاعسار،

وبإطلاق بعض النصوص المتقدمة، خرج منه الموسر الغير الممتنع فيبقى

الباقى، ويسبق حقه على حق أم الولد؛ لأنّ بناء المعاوضة على التقابض من

الطرفين.

وفيه: أنّه لا دليل على التنزيل، ولو سلّم فلا يقتضي جواز بيعها مع وجود

مال آخر للمولى يمكن المقاصة منه، بل يتعيّن كونها منه، بل ومع عدم تمكّنه

من المقاصة من مال آخر أيضاً؛ لأنّ الظاهر من أدلّة التقاض هو بيان ارتفاع إذن

المالك الممتنع عن الاداء في التصرف في ماله، فيختصّ موضوعه بما يجوز

التصرف فيه مع إذنه، فتخرج أم الولد لعدم جواز التصرف فيها معه أيضاً في

صورة اليسار كما هو الفرض وإطلاق ذاك البعض المراد به على الظاهر.

نعم «في ثمن رقبتهما» مقيد بقوله طليقاً: «ولم يدع من المال» وبناء

المعاوضة على التقابض من الطرفين لا يقتضي تعلّق حق البائع على المبيع،

وهو ظاهر.

قوله: وربما يستوجه خلافه.

أقول: المستوجه صاحب المقاس رحمته حيث إنّه بعد أن ذكر وجه الجواز

على ما مرّ نقله قال: والأوجه المنع، وعلّله بالوجوه الثلاثة المذكورة في المتن على خلاف الترتيب الذي ذكره.

٣٤/١٧٧

قوله: وفي الكلّ نظر.

أقول: لا أرى وجهاً له بالنسبة إلى أوّل الوجوه، فالوجه هو المنع.

قوله: وفي إلحاق الشرط المذكور.

أقول: فيما إذا توقّف الوفاء به على بيعها، كما إذا لم يتمكّن المشتري في مثال المتن عن الانفاق على البائع إلاّ ببيعها وصرف ثمنها في الانفاق عليه.

٣٥/١٧٧

قوله: وعلى العدم.

أقول: يعني وعلى تقدير عدم الإلحاق لو فسخ لأجل تخلف الشرط... إلى آخره.

١/١٧٨

قوله: ولو قلنا بجواز بيعها حينئذٍ.

أقول: أي حين الانتقال إلى القيمة.

قوله: في أداء القيمة.

أقول: يعني القيمة التي انتقل إليها لا ثمنها.

٤/١٧٨

قوله: منطوقاً ومفهوماً.

أقول: الأوّل في الرواية الأولى، والثاني في الثانية.

قوله: وبهما يخصّص ما دلّ بمفهومه على الجواز.

أقول: فيما إذا كانا أخصّ مطلقاً منه وهما أعمّ منه من وجه؛ لعمومها لصورة الحياة والموت كما هو قضية قول المصنّف: «ولإطلاق... إلى آخره»؛ إذ لو لم يعمّا لصورة الموت لكان اللازم ترك هذه الكلمة، فحينئذ يقع التعارض، إلاّ أن يراد منه التخصيص من حيث المعاملة، يعني: يعامل معهما معاملة الخاصّ المطلق، فيعمل بهما في مادة التعارض ولو من جهة موافقتهما للمشهور، فتأمل جيّداً.

هل الشرط
المذكور في
متن العقد
يلحق بالثمن؟
١٢٥ : ٤

بيعها بعد
موت المولى
١٢٥-١٢٦ : ٤

٥/١٧٨ قوله: لمفهوم مقطوعة.

أقول: يعني به مفهوم قوله: «وليس على الميت دين فهي للولد»، فإنه بمفهومه يدل على أنه لو كان للميت دين فليست للولد بل تصرف في الدين. وهو من جهة إطلاق الدين الشامل لكونه من جهة ثمن الرقبة وغيره يعم المقام. وفيه: منع الإطلاق فيه لغير ثمن الرقبة لظهور قوله في الذيل: «وتستسعى في بقية ثمنها» في إرادة ثمنها من الدين في الصدر.

٨-٧/١٧٨ قوله: ولعل وجه تفصيل الشيخ رحمه الله بأن الورثة.

تفصيل الشيخ
الطوسي بين
استغراق الدين
وغيره: ١٢٦

أقول: فيه: أن مجرد ما ذكره لا يكفي في تفصيل الشيخ بل لابد فيه من ضم جواز نقل أم الولد عن ملك مالكها وأداء الدين منها إما بدفعها إلى الديان، وإما ببيعها ودفع ثمنها إليهم.

وبالجملة: الاستغراق يوجب بقاء المال في ملك المالك الميت، ويمنع عن انتقاله إلى الورثة فيما إذا كان المال مع بقائه في ملك الميت مما يمكن أداء الدين منه شرعاً بحيث لا يكون مانع من صرفه في الدين إلا الانتقال إلى الورثة، وهذا المقدار لا يجدي في تفصيل الشيخ إلا بعدم ضم ما هو بمنزلة الصغرى لذلك، وهو أن أم الولد مال يجوز أداء الدين منها لو بقيت في ملك الميت ولم ينتقل إلى الورثة، والكلام فعلاً في جوازه بل مقتضى إطلاق دليل المنع عن بيعها عدم الجواز مع استغراق الدين؛ حيث إن قوله ﷺ في صحيحة ابن يزيد: «هل يبيعهن فيما سوى ذلك من دين» سؤالاً وجواباً يعم استغراق الدين بتركته، فحينئذ يخرج عن موضوع ما يمنع الاستغراق عن إرثه، فإرثها ولدها مقدار نصيبه، فتنعتق تمامها بالإرث والسراية فيما كان معه وارث آخر، وإن لم يكن إلا هو فبالإرث وحده.

هذا، مضافاً إلى أن الدين إن كان مانعاً عن الإرث فلا فرق بين المستوعب وغيره، فلا وجه للتفصيل، فافهم.

قوله: وربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولاً.
أقول: المنتصر صاحب المقابس، ومرجع إرادته بالوجوه الثلاثة الأول
إلى الإيراد على ما أفتى به الشهيد الثاني من انعقاد نصيب ولدها منها مع أداء
قيمة نصيبه منها من ماله الآخر إلى الديان بعدم الدليل عليه بدعوى أن الدليل
على خلافه.

أما أولاً: فلأن مفاد ما يدل على انعقادها من نصيب ولدها هو انعقادها منه
من جهة استحقاقه ذاك النصيب مجّاناً، لا في قبال ما يلزم عليه أداؤه للديان
فالانعقاد على نحو لزوم أداء القيمة خارج عن مدلول الدليل، فلا يجوز المصير
إليه، فيدور الأمر حينئذ بين الانعقاد المجّاني كما هو قضية إطلاق أدلة انعقادها
من نصيب الولد الشامل لصورة استغراق الدين، وبين عدم الانعقاد أصلاً،
وعلى التقديرين يبطل ما أفتى به في المسالك.

وأما الانتصار للمبسوط فلا يكفي فيه هذا المقدار، بل لابد في الانتصار
من إبطال أول طرفي الدوران فيتعيّن الثاني، وعليه لا انعقاد هناك حتى يمنع
عن البيع، وهو مذهب الشيخ إلا أن الشأن في إبطاله إذ لا وجه له إلا إطلاق أدلة
تعلّق حق الديان بالتركة ولو كانت أم الولد، وسيأتي أنه محكوم بإطلاق أدلة
الانعقاد من نصيب الولد.

وأما ثانياً: فلأننا سلّمنا أن لا دلالة للدليل على الانعقاد المجّاني، وأن
جهة الانعقاد كون النصيب له بلا عوض، لكن نقول: إن موضوع الانعقاد في
لسان الأدلة نصيب الولد، ولا يراد منه إلا النصيب المستقرّ الغير الممنوع من
التصرّف فيه وغير القابل للزوال لعدم تعلّق حق الغير به الموجب له، ولا يكون
إلا بعد أداء الديون من التركة، فمع الاستغراق ينتفي الموضوع وهو النصيب
الكذائي، فلا تنعقد أصلاً لا مجّاناً ولا بعوض من ماله.

ومن هنا تبين الفرق بين الأول والثاني، وهو أن قضية الثاني عدم الدليل

على أصل الاعتناق، وقضية الأول عدم على خصوصية كونه بعوض، وأمّا أصل الاعتناق مجّاناً فالدليل الشامل باطلاقه لصورة الاستغراق يدلّ عليه، إلّا أنّه يرفع اليد عنه بواسطة استلزامه فوات حقّ الديّان، فافهم.

وأما ثالثاً: فلاّناً وإن سلّمنا أنّ النصيب المضاف إلى الوارث يراد الأعمّ من المستقرّ وغير المستقرّ، لكن نقول: إنّ لا دليل على الاعتناق بالملك الغير المستقرّ الممنوع من التصرف فيه؛ لأنّ ما يدلّ على الاعتناق من نصيب الولد ليس لتعبّد خاصّ به، بل إنّما هو من جهة القرابة وصيرورته مصداقاً لقولهم عليه السلام: «إذا ملكوا عتقوا» مشيراً إلى الأب والأمّ وسائر الأقارب، والمراد من «الملك» فيه - ولو للانصراف - هو الملك المستقرّ؛ لعدم تعلق حقّ الغير كالديّان به، فعليه يحمل نصيب الولد في لسان ما دلّ على انعقائه، فيبقى الاعتناق بالملك الغير المستقرّ لتعلق حقّ الديّان به المقتضي لزواله في بعض الصور كما في المقام بلا دليل عليه، فلا يجوز القول به فيجوز البيع لعدم المانع عنه.

وبالجملة: مفاد هذه الوجوه الثلاثة بطلان ما ذكره الشهيد الثاني رحمته الله من جهة خلوّه عن الدليل، إمّا لكون مقتضى الدليل هو الاعتناق مجّاناً لا بعوض كما هو قضية الوجه الأول، وإمّا لكون مقتضاه عدم الاعتناق أصلاً كما هو قضية الوجه الثاني والثالث.

وأما الوجه الرابع: فالظاهر أنّه إيراد عليه بقيام الدليل على بطلانه؛ حيث أنّه مستلزم لما هو مخالف للإجماع من لزوم الغرامة على الولد في الصور الثلاث التي ذكرها في طيّ الإيراد، فيكون هو أيضاً مخالفاً للإجماع ولو بواسطة الملازمة، فيبطل.

وأما وجه أنّ قول الشهيد الثاني بلزوم أداء قيمة نصيبه من ماله مستلزم لما ذكره المورد من لزوم الغرامة عليه فيما ذكره من الصور، فهو أنّ الوجه في

لزومه عليه ليس إلا أن ذاك النصيب منها كلاً كان - كما إذا انحصر الوارث فيه - أو بعضاً - كما إذا لم ينحصر - ينعقد بسبب ملكه؛ وأنه دخيل في انعقاده، وهو بعينه موجود فيما ذكره من الصور؛ لأن من حكم الولد الثابت بالنص المفتى به أنه إذا مات المولى وترك مالا آخر غير أم الولد يجعل تمام نصيب الولد من جميع التركة لو كان له وارث آخر في أم الولد، فقد ينعقد كلها كما إذا كان نصيبه من كل التركة يحيط بقيمة الأم زاد عليها أم لا، أشار إلى هذه الصورة بقوله: «متى كان نصيب الولد» إلى قوله: «تقوم عليه».

وأما قوله: «سواء كان هناك دين مستغرق» إلى قوله: «أم لا» فهو إشارة إلى أقسام هذه الصورة، وقد ينعقد بعضها كما إذا كان نصيبه من الكل ناقصاً عن قيمتها، وأشار إلى هذه الصورة بقوله: «كذلك... إلى آخره» يعني مثل الصورة الأولى يقوم عليه لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها مثلاً؛ فإنه يقوم من أمه مقدار نصيبه من أصل التركة كالنصف فيقوم عليه نصفها، فيكون قيمة نصفها على عهده، ويطلب الولد تارة بأداء قيمة نصفها بالتزام إلى الديان مثلاً بأن كان الدين مستغرقاً، وأخرى لا يطلب هو بأدائها إليهم بالتمام بل يسقط عن عهده من تلك القيمة - أي قيمة نصفها - مقدار يقابل نصيبه الباقي من التركة الثابت له منه بعد أداء الدين منها إن كان له نصيب كذلك، إن كان الدين غير مستغرق للتركة، ويطلب الولد بالباقي من قيمة النصف بعد سقوط هذا المقدار منها، وهو قيمة نصيبه من نفس الأم.

وبالجملة: لازم لزوم أداء قيمة نصيبه من نفس الأم مع استغراق الدين في مروض كلامه من انحصار التركة بأم الولد لزوم الغرامة على الولد من ماله فيما ذكره المورد من صورتين في مروض كلامه أيضاً من عدم انحصار التركة بهما؛ لعدم الفرق بينهما في المناط وهو انعقادهما في ملك الولد مع سداد الدين للتركة، ولم يقل به أحد من الأصحاب، فإنهم متفقون فيهما على

شروط العوضين / كونه طلقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٣٨٣

عدم الغرامة في اعتناق نصيبه من التركة منها: كلاً كان كما في الصورة الأولى، أو بعضاً كما في الثانية، والنزاع في الغرامة وعدمها إنما هو في اعتناق الزائد عما قابل حصتها من التركة لأجل السراية.

الوجه الثالث قوله: بمثل هذا الملك. ١٣/١٧٨

١٢٧ : ٤

أقول: في كونه غير طلق لا يجوز التصرف فيه على ما يريده المالك لتعلق حق الديان به.

الوجه الرابع قوله: ويلزم على كلامه... إلى آخره. ١٥/١٧٨

١٢٨ : ٤

أقول: يعني من كلامه قوله: ويلزمه أداء قيمة النصيب من ماله.

الجواب عن الوجه الأول قوله: ويمكن دفع الأول بأن المستفاد من الأدلة. ١٨/١٧٨

١٣٠ - ١٢٨ : ٤

أقول: محصله: أن الشهيد عليه السلام لا يدعى دلالة أدلة الاعتناق من نصيبه على لزوم أداء قيمة النصيب من ماله حتى يمنع دلالتها على لزومه، بل يقول: إنها لا تدل بإطلاقها الشامل لصورة استغراق الدين إلا على اعتناق نصيبه منها مجرداً عن الدلالة على كيفية الاعتناق من حيث لزوم أداء القيمة من ماله وعدمه، وإنما يقول بلزومه من جهة الدليل الخارجي وهو الجمع بين ما دل على الاعتناق... إلى آخر ما ذكره المصنف عليه السلام.

وفيه: أن الجمع موقوف على التعارض وعدم حكومة أحدهما على الآخر، ودليل الاعتناق الشامل بإطلاقه للمقام حاكم على أدلة تعلق حق الديان بالتركة؛ لأن الظاهر أو القدر المتيقن من مفادها هو صورة كون التركة بحيث يجوز صرفها في الدين.

وأما دليل الاعتناق فمقتضاه عدم جواز صرف أم الولد في الدين، فيرتفع موضوع تلك الأدلة، ولو سلم التعارض بأن يقال: إن الظاهر من أدلة الاعتناق صورة عدم تعلق حق بها، فنقول: إن الجمع يحتاج إلى عدم رجحان لأحدهما على الآخر، وأدلة الاعتناق لأجل الموافقة للمشهور وقلة أفرادها راجحة على

مقابلها، ولو سلم عدم الرجحان فهو محتاج إلى الشاهد المفقود.
وبالجملة: لا دليل على غرامة الولد على تقدير الانعتاق، وكذا لا دليل
على وجوب السعي عليها لأجل قيمة نصيب الولد المنعتق منها عليه كما صرح
به صاحب الجواهر رحمته في كتاب الاستيلاد، حيث إنه قال بعد جملة كلام له ما
هذا لفظه: اللهم إلا أن يكلف الولد بما يخصها من الدين، أو هي بالسعي، وهما لا
دليل عليهما، بل ظاهر الأدلة خلافه فتأمل جيداً. انتهى.

قوله: لكن ذلك لا ينافي. ١٩ - ١٨/١٧٨

أقول: الظاهر أن هذا إيراد على قوله: «من غير أن يقوم عليه». توضيحه: أنه إن كان نظره في هذا القيد إلى نفس أدلة انعتاقها من نصيب ولدها وأنها تدل على عدم التقويم عليه، ففيه: أن مفادها منحصر بانعتاقها من نصيب ولدها، ومن المعلوم أن ذلك لا ينافي التقويم على الولد واشتغال ذمة الولد قهراً بقيمة نصيبه، أو وجوب سعيها في قيمتها. وإن كان نظره فيه إلى أنه لا دليل عليه مع أنه على خلاف الأصل، ففيه: أنه يكفي دليلاً عليه، أو وجوب السعي عليها، الجمع بين ما دل على الانعتاق على الولد وبين ما دل على عدم سقوط حق الديان بالمرّة، هذا وقد مرّ ما فيه فراجع ولا حظ.

قوله: ولا إشكال في عدم جوازه. ٢٦/١٧٨

أقول: قد عرفت أنه ليس على أصل تعلّق حقهم بالقياس إلى أم الولد دليل سليم عن المعارض حتّى ينفي الإشكال في بقائه فيها عند التزاحم.

قوله: إطلاق النهي. ١٩/١٧٨

أقول: الشامل لصورة وجود الدين للمولى وعدمه، وعلى الأوّل لصورة الاستغراق وعدمه.

قوله: فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين. ٢٦/١٧٨

شروط العوضين / كونه طلقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٣٨٥

أقول: إذ بعد فرض تعلّق حقّ الديّان بالتركة، ولو أمّ الولد التي نفى الإشكال فيه، يبطل الوجهان الأوّلان، أعني عدم تعلّق حقّ الديّان بأمّ الولد نظير مؤونة التجهيز، وتعلّق حقّهم بقيمتها على الولد أي تعلّق حقّهم بذمّة الولد بمقدار قيمتها؛ لكونهما على طرف النقيض من تعلّق حقّهم بالتركة، فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين المراد منهما تعلّقه بذمّتها بمقدار قيمتها، وتعلّقه بمنافعها.

٢٧/١٧٨ قوله: محتاجاً إلى التأمل.

أقول: مقتضاه ترجيح الثاني؛ لأنّ حقّ الديّان يتعلّق من التركة بأمر ثلاث: شخصها وقيمتها ومنافعها.

وحقّ الاستيلاد في أمّ الولد يمنع عن تعلّقه بالأوّل بلا إشكال، وعن تعلّقه بالثاني على الظاهر؛ نظراً إلى أنّ عدم تعلّق حقّ بشيء ظاهر في عدم تعلّقه به بماله من القيمة والماليّة فتأمل.

قوله: عن بيعها مطلقاً أو في دين غير ثمنها.

الجواب عن
الوجه الثاني
٤ : ١٣٠

أقول: المراد من الإطلاق: هو الأعمّ منه ومن البيع في ثمنها، وقد مرّ أنّه لا قائل بالمنع عن بيعها فيه إلّا السيّد بالله مضافاً إلى أنّ الكلام هنا في البيع في دين غير ثمنها، فالظاهر زيادة «أو»، والمراد من الإطلاق: هو الشمول لصورة وجود الدين المستغرق.

٢٨/١٧٨ قوله: عند امتناع الوارث من الأداء.

الجواب عن
الوجه الثالث
٤ : ١٣٠

أقول: أي أداء ما قابلها.

٢٨/١٧٨ - ٢٩ قوله: ولا جامع بينها وبين الوقف.

أقول: وبعبارة واضحة بخلاف الوقف؛ فإنّ تعلّق حقّ البطن اللاحق به بل ملكه له، مانع من الاعتناق على البطن السابق.

الجواب عن
الوجه الرابع
١٣٠: ٤ - ١٣١

٣٠/١٧٨

قوله: فالضابط حينئذٍ.
أقول: يعني الضابط في انعقاد أمّ الولد حين إذ قلنا باستسائها.

٣١/١٧٨

قوله: يملكه.
أقول: الأولى أن يقول: بحيث يملكه.

ثم إن «ذلك» في العبارة إشارة إلى الموصول.

٣٢/١٧٨

قوله: بل إما أن يدفع.

أقول: يدفع من مال نفسه ما قابل نصيبه، فتسعي أمّ الولد في أداء هذا المال المدفوع إلى الديان في مقابل نصيب الدافع من أمّ الولد، كما تسعي هي أيضاً - فيما لو لم يكن هناك دين - في أداء قيمة نصيب غير الولد من الورثة من أمّ الولد المنعق لأجل السراية.

وضمير «حصته» في آخر العبارة راجع إلى غير الولد.

٣٥/١٧٨

قوله: ومما ذكرنا يظهر ما في قول بعض.

أقول: يعني بالموصول ما ذكره في دفع الإراد الأول من الالتزام بسقوط حقّ الديان من عين أمّ الولد، وتعلقه بقيمتها إمّا على الولد وإمّا على الأمّ ومنافعتها، ومن هنا يعلم أن مراده من سقوط حقّ الديان في قوله: «لا تقتضي سقوط حقّ الديان» سقوطه عن أمّ الولد عيناً وقيمة قبالة سقوطه عنها عيناً لا قيمة، والمراد من القائل صاحب المقابس، وقوله: «أنّ الجمع إلى آخره» مقول القول.

٤/١٧٩

قوله: على ما تقدّم.

أقول: يعني به قوله في أوائل الصفحة السابقة: «ومما ذكرنا يظهر الوجه في استثناء الكفن ومؤونة التجهيز».

٢ - تعلق كفن
مولاهما بها
١٣٢ : ٤

٦/١٧٩

قوله: ومن ذلك يظهر.

أقول: يعني به قوله: «بل اللازم ذلك أيضاً... إلى آخره».

٧/١٧٩ قوله: وتوضيحه.
أقول: يعني وتوضيح النظر، لا ما قيل. والمراد من الميِّت المديون: المديون بدين ثمن الرقبة، ويدلّ عليه قوله: «وحقّ بايع أم الولد» كما هو واضح.

١١/١٧٩ قوله ﷺ: اقتضى الجمع بينهما بتخصيص جواز صرفها في ثمنها.
أقول: ليس هذا أولى من الجمع بينهما بتخصيص جواز صرفها في الكفن بما إذا لم يكن للميِّت دين أو كان ولكن بذله متبرّع؛ لأنّ النسبة بين الدليلين عموم من وجه؛ لاختصاص دليل جواز بيعها وصرف ثمنها في ثمن رقبتها بصورة كون الدين ثمن رقبتها، وعمومه لصورة الاحتياج إلى صرفها في الكفن وصورة عدمه من جهة وجود مال آخر يصرف فيه، وكون دليل تقديم الكفن على الدين بالعكس؛ لكونه خاصاً بصورة الاحتياج إلى الكفن وعاماً لصورة كون الدين ثمن رقبتها أو غيره، فيجتمعان في صورة الاحتياج إلى صرفها في الكفن مع كون الميِّت مديوناً بثمن رقبتها. ومقتضى الأوّل جواز بيعها والصرف في ثمن الرقبة دون الكفن، ومقتضى الثاني الصرف في الكفن دون دين ثمن الرقبة، فتخصيص أحدهما على التعيين دون الآخر ترجيح بلا مرجح لو لم نقل برجحان الثاني بلحاظ سبق حقّ البائع على حقّ الكفن، فيحكم بالتساقط والرجوع إلى قاعدة المنع عن بيع أم الولد إن تمت كما اختاره المصنّف، أو إلى قاعدة الجواز الثابتة بالعمومات مثل قاعدة السلطنة ونحوها إن لم تتمّ كما قويناه سابقاً.

١٥/١٧٩ قوله: قبل الحاجة إلى الكفن، فتأمّل.
أقول: يعني الحاجة إليه قبل الموت، ولعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى دفع توهم عدم جريان هذه الاستصحاب بتوهم اختلاف الموضوع، بأنّ الحاجة إلى الكفن وعدمها من قبيل الحالات للموضوع، وهو بيع أم الولد.

إذا كان للميِّت المديون أمّ ولد ومقدار ما يجهز به ٤: ١٣٣ - ١٣٤

ويمكن أن يكون إشارة إلى دفع توهّم كون المرجع في المقام هو العامّ، أعني: عموم أدلّة صحّة البيع لا استصحاب حكم المخصّص، أعني: عدم جواز بيعها في حال الحياة.

وحاصل الدّفع: أنّه على تقدير عدم الجواز في مورد الشك لا يرد على العام تخصيص آخر غير الأوّل، وإنّما هو إدامة للأوّل وإبقاء له، والعامّ يرجع إليه في الشكّ في أصل التّخصيص لا في طوله وقصره، فتأمّل، فإنّ لنا هنا كلاماً ذكرناه في تنبيهات الاستصحاب فيما علّقناه على الكفاية، ملخصه لزوم الرّجوع إلى العامّ في جميع الموارد.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنّ تقديم حقّ المولى على حقّ الناس - أعني: ثمن رقبتها المقدّم على حقّ نفسها - يقتضي تقديم حقّ المولى على حقّها بطريق أولى.

قوله: إمّا إلى الحرمة الخالصة أو الرقية الخالصة. ١٧/١٧٩
أقول: الأوّل في غير ثمن رقبتها لانعتاقها، إمّا بالتقويم مع كون القيمة على الولد، أو على رقبتها ووجوب السعي عليها في قيمتها وتسري الحرّية على الباقي، والثاني فيما إذا بيعت في ثمن رقبتها.

٣- إذا جنت على
غير مولاها في
حياته ٤: ١٣٤

قوله: وحكم جنايتها عمداً.

أقول: يعني في حياة المولى.

لو كانت
جنايتها عمداً
٤: ١٣٤-١٣٥

قوله: وربّما تخيّل بعض. ١٩- ١٨/١٧٩

أقول: يعني به صاحب الجواهر ومراده من الرّقبة للمالك كونها غير طلقة.

قوله: مطلقاً. ٢٠/١٧٩

أقول: ولو كان مالکها غير مستولدها فلا يجوز للمجنّي عليه في الفرض بيعها؛ حيث إنّ الظاهر من قوله في الصحيحة: «لاتباع» عدم قابليّتها

للبيع أصلاً.

٢١/١٧٩ قوله: في صيرورة الجاني رقاً خالصاً.

أقول: لا ظهور في الاستغراق إلا في صيرورته رقاً للمجني عليه، وأما الخلوص وعدمه فهو تابع لعدم وجود مانع عن خلوصه ووجوده.

وبالجملة: لا دلالة في الاسترقاق إلا على حصول الملكية، وأما كيفية الملك من الطلق وغيره فتدور مدار وجود المانع عن الخلوص، كما في المقام فلا يكهن طلقاً، وعدمه كما في غيره فيكون طلقاً، ومن هنا ظهر الخدشة في قوله: «وهو جعلها رقاً كسائر الرقيق».

٢٣/١٧٩ قوله: على مستولدها.

أقول: يعني دون غيره، فالكلام مسوق لإفادة الحصر، وبهذا الاعتبار يصير حاصلًا لما تقدّم لكن الشأن في سوقه لها، بل الظاهر من قوله: «لا تباع» عدم قابليتها للبيع مطلقاً كما تقدّم.

٢٥/١٧٩ قوله: بأقلّ الأمرين.

أقول: يعني بهما قيمة الأمة ودية الجناية التي جنت بها على الغير، وهي المراد من الأرض في عدل الأقلّ. قوله: وعن الخلاف.

أقول: غرضه من نقل ذلك بيان أن ما هو المشهور في المسألة ممّا ادّعي فيه عدم الخلاف، فيكون المراد من تعلّق الجناية برقبة الأمة المقصود منها عليها لا ذمّتها وعهدتها هو مع تخيير المولى بين دفعها أو ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه، وبين الفدية، ومراد المشهور من تخيير المولى بين الأمرين هو مع قولهم: بتعلّقها برقبته.

٢٦/١٧٩ قوله: وربّما يوجه.

أقول: يعني ما في ديات المبسوط، وأما في استيلاد المبسوط فيوجّه

بإرادة نفي الخلاف بين الخاصة فيرتفع التنافي بين العبارتين حينئذٍ.

٢٧/١٧٩

قوله: والأظهر.

معنى كون
جنايتها على
سَيِّدِهَا
١٣٦-١٣٧: ٤

أقول: يعني الأظهر في مقام توجيه ما في ديات المبسوط دفعاً للتنافي بينه وبين ما في استيلاد المبسوط أن يقال: إن التنافي بينهما مبني على كون المراد من الكون على السيّد في عبارة الديات: وجوب الفدية على المولى عنها تعييناً، وهو ممنوع، بل المراد منها: تضرّر المولى بسبب جنايتها ونقصان ماله إمّا بدفع الجاني أو دفع مال آخر يعبر عنه بالفداء، وهذا لا ينافي ما في الاستيلاد من تعلّق الجناية بعين الجاني ورقبته، مع كون المولى مخيراً بين دفعها أو الفداء بمال آخر.

٢٨/١٧٩

قوله: وكونها في ذمّة.

أقول: عطف تفسير على عدم الخسارة.

٣٠/١٧٩

قوله: من الجناية شيئاً.

أقول: بحيث لا ترد الخسارة على مال المولى لا الجانية ولا على ماله

التحقيق في
المسألة ٤: ١٣٧

الآخر.

٣٣/١٧٩

قوله: ولعلّه للروايتين.

أقول: تخيّل أنّ معنى كون الجناية على السيّد وجوب الفداء عنها تعييناً، وقد عرفت أنّ معناه في الروايتين كون خسارته عليه ومن ماله من الجاني أو غيره.

عدم معارضة
إطلاقات حكم
جناية المملوك
بإطلاق المنع
عن بيع أم الولد
١٣٧-١٣٨: ٤

٣٥/١٧٩

قوله: والمؤيّد مصادرة.

أقول: لأنّ التأييد منه مبني على كون الاستيلاد مبطلاً لأحد طرفي التخيير، وهو دفع نفس الأمة المستولدة إلى المجني عليه، وهو مبني على كون الدفع إلى المجني عليه مشمولاً لأدلة النهي عن البيع المراد منه النقل، وهو مبني على كون الدفع إليه نقلاً، وهو أوّل الدعوى، بل تقدّم أن ترك فداؤها والتخلية

بينها وبين المجني عليه ليس نقلاً لها.

٣/١٨٠ قوله: مضافاً إلى أن استرقاقها بترك القصاص كفكاك رقابهنّ.

إذا جنت على
مولاها عمداً
١٣٨-١٣٩: ٤

أقول: في العبارة شيء كما لا يخفى، والمراد أن ترك القصاص مثل فكّ الرقبة عن ثمنها، والاسترقاق لأجل رفع القصاص مثل البيع لأجل الفكّ، فكما يجوز الثاني كذلك يجوز الأول.

٤/١٨٠ قوله: فمندفع بما لا يخفى.

أقول: أمّا الأول: فلاّنه وإن كان ممكناً إلاّ أنّه لا بدّ فيه من دليل مفقود؛ لأنّ مورد أدلّة الاسترقاق كون المجني عليه غير المولى، بل يمكن أن يقال: إنّ مقتضى أدلّة منع الاستيلاء أن الاستيلاء رافع لاستقلال المولى في التصرف، فيكون رافعاً له بطريق أولى؛ لأنّه أهون من الرّفْع.

وأما الثاني: فلاّنّ قضية الرواية أنّ المراد من فكّ الرقبة فكّها من ثمنها فقط لا مطلقاً، فالتعدّي منه إلى فكّ رقبتها عن القصاص بالاسترقاق قياس.

وأما الثالث: فلاّنّ المنع عن التصرف الناقل لأجل التخفيف على أمّ الولد ورعايتها والامتنان عليها مسلّم، إلاّ أنّ عدم مناسبته للجاني في تشريع الاقتصاص منه قبال جنايتها عمداً كما في المقام ممنوع؛ حيث إنّ انتفاعها بواسطة ذاك المنع وهو الانعتاق من نصيب الولد إنّما هو لأجل ترك الاقتصاص، فيكون التخفيف الفعلي مستنداً إلى ترك وليّ القصاص للقصاص وعفوه عنه، لا إلى الشارع؛ لأنّ الشيء يستند إلى آخر أجزاء العلّة التامة.

٨/١٨٠ قوله: وعن الشيخ في التهذيب والاستبصار.

إذا كانت
الجنابة خطأ
١٣٩-١٤٠: ٤

أقول: فحمل الخبر الأخير في محكي التهذيب عن كون القتل خطأ يشبه العمد، قال: لأنّ من يقتل كذلك يلزمه الدية، فإن كان حرّاً ففي ماله، وإن كان معتقاً لا وليّ له يسعى في الدية حسب ما تضمّنه الخبر.

وأما الخطأ المحض فإنّه يلزم المولى، فإن لم يكن له مولى كان على بيت

المال، وفي محكي الاستبصار حمله على صورة موت الولد وكون السعي على وجه الجواز.

قوله: فكأنه فيما إذا.
أقول: الأولى تبديل قوله: «فكأنه» إلى قوله: هذا، وتبديل «الفاء» بالواو في قوله: «فلم يثبت».

٥ - إذا لحقت
بدار الحرب ثم
استرقت ٤: ١٤١

وكيف كان، فالمراد: أن جواز البيع هنا إنما هو فيما إذا اجتمع فيه أمور ثلاثة: كون الأسر بصيغة الفاعل غير المولى، وعدم ثبوت كونها أمة المولى قبل القسمة، ولزوم القسمة وعدم انتقاضها بثبوت كونها له بعدها، بل يغرم الإمام عليه السلام قيمتها لمالكها، ولعل وجه غرامته عليه السلام قسمته عليه السلام للغنيمة الموجبة لتلف هذا المال على مالكة؛ حيث إن ولاية القسمة له عليه السلام.

قوله: لكن المحكي عن الأكثر.
أقول: فينتفي الشرط الثالث وهو لزوم القسمة، لكن يشك حينئذ بعدم الوجه للغرامة للمقاتلة المراد منها من وقع أم الولد في سهمه من المقاتلين، بل يقسم ما عداها ثانياً فيعطى كل ذي حق حقه، إلا أن يحمل على صورة تلف ما يقابلها من الغنيمة عند أرباب سائر الحصص.

قوله: ماخرج مولاها عن الذمة.
أقول: إما بمحاربتة مع المسلمين أو تجاهره على المنكرات، أو بعدم أداء الجزية، وأمثال ذلك مما يوجب كونه في حكم الحربي، واتفق بعد ذلك أنه ملك أمواله - التي منها أم الولد - مسلم بمثل الاستيلاء والاغتنام منه.

٦ - إذا خرج
مولاها عن
الذمة ٤: ١٤١

[القسم الثاني]

قوله: بناءً على أن حق إسلامها.
أقول: بناءً بيعها على المولى على هذا المبنى إنما يتم لو لم يمكن الجمع بين حقيهما حق الإسلام وحق الاستيلاء، وهو ممنوع؛ لإمكان حفظهما بمنع

١ - إذا أسلمت
وهي أمة ذمي
٤: ١٤٢ - ١٤٣

المولى عن كل تصرف فيها يصدق عليه السبيل مع بقائها في ملكه؛ حيث إن حق الإسلام يقتضي نفي السلطنة عليها لانفي الملك عنها، وقد مر منه التصريح بذلك في مسألة جواز بيع عبد المسلم على الكافر، ومن ذلك يظهر الحال في قوله: «إنما الكلام في تعارض حقي أم الولد»: إذ عرفت عدم التعارض بينهما. وكذا في قوله أخيراً: «وحكومة قاعدة نفي السبيل على جلّ القواعد»؛ حيث إن حكومتها تنفع فيما إذا كان الحكم الثابت بالقاعدة المحكومة بها سبيلاً على المؤمن، ولا يخفى أن الحكم الثابت بقاعدة المنع عن بيع أم الولد ليس كذلك، بل هو على طبق قاعدة نفي السبيل لزوم السبيل عليها في المقام لولا الآية الشريفة لا بد وأن يكون بلحاظ موضوع هذا الحكم وهو الملك، أو بلحاظ السلطنة عليها في سائر الجهات غير جهة التصرف الناقل إلى الغير، ولا مجال للأول لما تقدّم أن مجرد التملك ليس سبيلاً وإلا لزال الملك بإسلامها، فتعين الثاني.

فالقاعدة تكون حاکمة على قاعدة السلطنة من غير جهة النقل إلى الغير؛ إذ بعد سلب سلطنة المولى عليها من تلك الجهة بأدلة المنع عن البيع لا يبقى حاجة إلى قاعدة نفي السبيل، ونتيجة القاعدة بعد ملاحظة قاعدة المنع عن البيع وعدم خروجها عن ملك المولى بالإسلام: بقاؤها في ملكه ممنوعاً عن جميع التصرفات فيها.

أمّا الناقلة فلقاعدة المنع، وأمّا ما عداها ممّا يعدّ سبيلاً فلقاعدة نفي السبيل.

نعم لو كان مقتضى حق الإسلام إزالة ملك الكافر عنه لوقع التعارض بينهما، لكن آية نفي السبيل قاصرة عن إفادة ذلك؛ حيث إن الملك المجرد ليس بسبيل وإلا لزال بالإسلام.

نعم قول الأمير عليه السلام في عبد أسلم ومولاه ذمّي: «أذهبوا فبيعوه من

المسلمين ولا تقرّوه» يدلّ على وجوب الإزالة، فلو تمّ إطلاقه للمقام لوقع التعارض بينه وبين قاعدة المنع، فبعد عدم المرجّح المعتبر يرجع إلى استصحاب المنع الثابت قبل إسلامها؛ لأنّ إسلامها من تبدّل الحال لا الموضوع.

ولا يعارضه استصحاب جواز بيعها في صورة تقدّم إسلامها على الاستيلاد إلّا بعد إثبات عدم الفرق بين الصورتين بحسب الحكم الواقعي والظاهري؛ إذ مع الفرق بينهما مطلقاً أو في مرحلة الظاهر يختلف الموضوع، ولا تعارض معه، وأنّى لنا بإثبات ذلك.

وأما ما ذكره بقوله: «ومع إمكان دعوى ظهور قاعدة المنع» -الذي حاصله الإشكال على استصحاب المنع باختلاف القضية المشكوكة مع القضية المتيقّنة بأنّ المنع عن البيع المتيقّن هو المنع عن البيع لأجل صلاح نفسه ومراعاة حقّ ملكه وتقديم صلاح نفسه على صلاح أمّ الولد، والمنع عن البيع المشكوك هو المنع عنه لأجل مراعاة حقّ إسلامها وتقديمه على حقّه الآخر، ففي مورد الشك لو ثبت المنع فليس هو بقاء للأوّل بل مغاير له، فلا مورد للاستصحاب فيرجع إلى عمومات الصحّة - ففيه: ما لا يخفى؛ إذ لا منشأ لهذا الظهور إلّا الظنّ بالمناط ولا حجّية فيه؛ إذ الظاهر من الأدلّة ليس إلّا أنّ الاستيلاد مانع عن البيع، فلعلّه لأجل احترام ولدها الحرّ ومراعاة شرافة حرّيته لأجل مراعاة الأمّ.

نعم، لو بدّل هذه الدعوى إلى دعوى ظهورها في كون الممنوع هو المولى، فلا ينافي جواز البيع لغير المالك، لكان لها وجه بناء على أنّ الولاية في بيع المسلم للحاكم لا المولى مطلقاً ولو لم يمتنع عن البيع، لكن المبنى ممنوع كما تقدّم في السابق، وحينئذٍ لا جدوى في تلك الدعوى.

والحاصل: أنّ ما ذكره من الأمرين لا يمنع من الرجوع إلى الاستصحاب،

شروط العوضين / كونه طليقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٣٩٥

وإنما المانع عنه عمومات الصحة التي أشار إليه بقوله: «ومما ذكر» أي من أن المرجع بعد التكافؤ هو العمومات «يظهر إلى آخره» بناء على الحق المحقق في محله من أن المرجع في العام المخصّص وهو العموم لا استصحاب حكم المخصّص مطلقاً حتى فيما لا يلزم من الاستصحاب تخصيص زائد على العام كما في المقام، فإن المنع عن البيع على فرض ثبوته في مورد الشك ليس إلا بقاء التخصيص الأوّل.

٢٢/١٨٠ قوله: لأنّ الشك إنّما هو.

أقول: هذا علّة لجريان الاستصحاب لا لعدم الوجه.

٢٢/١٨٠ - ٢٣ قوله: لو فرض في بعض الصور تقدّم الإسلام على المنع.

أقول: كما لو أسلمت بعد وطء المولى قبل صيرورة النطفة علقه، وقلنا بكونها أم ولد إذا كانت النطفة في الرحم، لو فرض الفصل بين الوقوع والاستقرار.

٢٧/١٨٠ قوله: وفرضها كالحرّ.

أقول: عطف على المنع.

٢٨/١٨٠ قوله: لحكومة أدلّة نفي الضرر.

أقول: التحقيق خلاف ذلك.

قوله: ولأنّ رفع هذا.

أقول: هذا إشارة إلى الحرج.

وفيه: أنّه إنّما يجدي فيما إذا كان مناط المنع رجاء العتق، وهو ممنوع كما صرّح به مراراً قبل هذا وبعده.

٢٩/١٨٠ قوله: مع جريان ما ذكرناه أخيراً.

أقول: قد مرّ الإشكال فيه.

٢ - إذا عجز
مولاها عن
نفقتها
٤: ١٤٣ - ١٤٤

٣١/١٨٠

قوله: أو يقال: إنَّ هذا عتق في الحقيقة.

أقول: كونه عتقاً ممنوع، كيف وقد حكموا بجواز الفسخ والرَّجوع إلى القيمة فيما لو باع العبد مَمَّنَّ ينعق عليه فظهر معيباً؟ بل الظاهر جواز الرَّجوع إلى نفس العين كما يأتي في خيار المجلس، وأيضاً لازم ذلك عدم اعتبار شرائط البيع، فالأظهر عدم جواز بيع أمِّ الولد هنا.

وأولى منه بعدم الجواز بيعها بشرط العتق؛ لعدم إمكان أن يقال هنا: بأنَّ هذا عتق في الحقيقة لا بيع، وكذلك البيع لمن أقرَّ بحرَّيتها، فافهم.

٣٢/١٨٠

قوله: أو إعتاقها عليه قهراً.

أقول: الظاهر أنَّه عطف على «الإجبار»، يعني: ويحتمل إعتاق أمِّ الولد نفسها على المشتري قهراً.

[القسم الثالث]

٥/١٨١

قوله: فالمنع مطلقاً.

أقول: لعلَّ وجهه تقديم أدلَّة المنع عن البيع على أدلَّة حكم الرهن؛ نظراً إلى أنَّ أدلَّة الرهن لا دلالة لها على أزيد من إثبات جواز ما لا يجوز لولا الرهانة من بيع غير المالك له على المالك لأجل استيفاء الدَّين كائناً من كان من الحاكم ثم المرتهن فيما إذا امتنع الراهن من الفلَّ.

وأما جواز بيع المالك فلا ربط له بأدلَّة الرهن، وإنَّما هو من شؤون قاعدة السلطنة.

وبالجملة: أدلَّة الرهن تدلُّ على ثبوت السلطنة لغير المالك على بيع الرهن في مورد يصحُّ كونه رهناً حال البيع ولا يكون ما يمنع عنه من حيث الاستدامة مثل الابتداء، وأمَّا إنَّ أيَّ شيء يمنع عن الرهانة ابتداءً أو استدامة؟ فلا تعرُّض لها عليه أصلاً، فلا تعمُّ صورة استيلاد الأمة المرهونة على تقدير مانعيَّة الاستيلاد عن الرهانة من حيث الاستدامة، مثل الابتداء لانتفاء

ببيعها على
من تنعق عليه
٤: ١٤٤-١٤٥

١- إذا كان علوقها
بعد الرهن
٤: ١٤٦-١٤٧

شروط العوضين / كونه طلقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٣٩٧

موضوعها حينئذٍ، وهذا بخلاف أدلة المنع فإنها بإطلاقها تعم صورة سبق الرهانة أيضاً؛ ولذا عدوها على تقدير الجواز من صورة الاستثناء، فثبت مانعية الاستيلاء عن الرهانة من حيث الاستدامة والبقاء أيضاً، فتبطل الرهانة من حيث الحدوث لارتفاع شرط صحتها فلا يبقى موضوع لجواز البيع.

ومن هنا يظهر ضعف جواز البيع؛ لأن مدركه وهو استصحاب حكم الرهن السابق على الاستيلاء وجوداً بعده مبني على تعارض الأدلة وعدم تقديم أحد الطرفين على الآخر كما أشار إليه بقوله: «ولعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاء اللاحق بعد تعارض... إلى آخره»؛ إذ مراده من ذلك أنه بعد عدم الدليل على البطلان، مع عدم الدليل على بقاء حكمه يشك في عروض البطلان وعدمه، فيرجع إلى الاستصحاب.

وجه الظهور ما عرفت من ورود دليل المنع على أدلة حكم الرهن، فالأظهر عدم الجواز.

٨/١٨١ قوله: في نفسه فتأمل.

٢- إذا كان
علوقها بعد
إفلاس المولى
والحجر عليه
١٤٧-١٤٨

أقول: لعله إشارة إلى أن الحجر، وإن كان لا يؤثر في الدعوى المذكورة بدعوى عدم منعه عنها، إلا أنها لا تجدي في المدعى وهو عدم جواز البيع في الفرض، إلا أن يكون المراد من القابلية للبيع في نفسه - أي مع قطع النظر عن الحجر في مال المفلس الذي يبيعه الحاكم - القابلية في حال البيع، وهو مشكل؛ لاحتمال أن يراد منها القابلية كذلك حال الحجر، وعليه يعم أمواله لأم الولد أيضاً؛ لجواز بيعها حال حدوث الحجر لولاه لفرض عدم الاستيلاء في تلك الحال.

ويمكن أن يكون إشارة إلى المناقشة فيما استحسنته على تقدير حق الديان بمال المفلس من جواز البيع حينئذٍ، مثل ما ذكره على تقدير عدم التعلق بها، وهو أن موضوع دليل التعلق بالعين مختص بما يكون قابلاً للبيع في نفسه

مع قطع النظر عن التعلّق به، فلا يعمّ أمّ الولد لعدم قابليّتها له لولاه.

٩/١٨١

قوله: وهذا في الجناية التي.

أقول: كالجناية على غير المولى خطأ بناء على المحكيّ من موضع من المبسوط والمهذب والمختلف من تعيّن الفداء على السيّد، مقابل المشهور من التخيير بينه وبين دفعها إلى الجاني، كما تقدّم سابقاً.

١٤/١٨١

قوله: خارج عن اختياره.

أقول: بالجرّ صفة للسبب، وضمير «فلم يثبت» راجع إلى الانتقال باعتباره مضافه المحذوف وهو المنع.

١٧/١٨١

قوله: في زمان الخيار، فتأمّل.

أقول: لعلّه إشارة إلى ضعف ما استدركه بقوله: «اللهمّ إلّا أن يدّعي» وأنّ الممنوع منه بحسب أدلّة المنع هو النقل الاختياري، ولا يعمّ الانتقال القهريّ الحاصل بالفسخ.

١٩/١٨١

قوله ﷻ: بعد نذر جعلها صدقة.

أقول: نذر التصدّق وكذا الهدي والعقّ على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يكون مضمونه كون الشيء ملكاً للفقير أو لشخص خاصّ وكونه هدياً أو معتقاً أو حرّاً، ويسمّى هذا بنذر النتيجة؛ وإمّا أن يكون مضمونه جعله صدقة أو هدياً أو حرّاً، ويسمّى هذا بنذر الفعل، أي الالتزام بإيجاد فعل التصدّق فيما بعد.

وكلّ واحد منهما أيضاً على قسمين؛ لأنّه إمّا أن يكون مطلقاً بأن يقول: لله عليّ كونه صدقة أو أتصدّق. ويسمّى نذر التبرّع، وإمّا أن يكون معلقاً ومشروطاً بشيء اختياري أو غير اختياري مثل أن يقول: لله عليّ كذا إن فعلت كذا، أو إن شفى الله مريضِي. والإشكال في صحّة المطلق وبطلانه بكلا قسميه مبنيّ على الخلاف في أنّ مفهوم النذر أخذ فيه التعليق على الشرط فالثاني، أم لا فالأوّل، ولعلّ الظاهر عدم اعتباره فيه.

٣- إذا كان

علوقها بعد

جنايتها ٤: ١٤٨

٤- إذا كان

علوقها في

زمان خيار

بائعها ٤: ١٤٩

٦- إذا كان

علوقها بعد نذر

جعلها صدقة

٤: ١٥٠-١٥١

وأما الإشكال في صحته من جهة أن التمليك مثلاً يحتاج إلى سبب خاص مثل البيع والهبة ونحوهما، فلا وقع فيه؛ إذ لا مانع من الالتزام بأن الشرط من الأسباب، وحينئذٍ فإن كان بطور نذر النتيجة فيخرج المنظور صدقة إن كان مطلقاً عن ملك الناذر بمجرد النذر، فلا يجوز له التصرف فيه مطلقاً وضعاً وتكليفاً، ومنه الاستيلاد وإن كان مشروطاً فيخرج عن ملكه بعد حصول الشرط، وحكمه حينئذٍ حكم المطلق، وأما قبل حصوله فهو باقٍ في ملك الناذر، فهل يجوز له التصرف فيه، أم لا؟ فقد اختلفوا فيه على أقوال.

والتحقيق التفصيل بين التكليف فيجوز مطلقاً إلا فيما إذا انحل النذر إلى نذرين: نذر الإبقاء، ونذر الصدقة، مثلاً بشرط كذا، وإذا كان الشرط من قيود متعلق النذر وهو الملكية بعنوان الصدقة مثلاً كما في الواجب المعلق في التكاليف، أو من قيود الالتزام كما في الواجب المشروط بالشرط المتأخر لا بطور الشرط المتقدم بناء على تصوير المعلق والمشروط بالتأخر، لكنه ممنوع عندنا على ما حققناه في الأصول، فينحصر الاستثناء حينئذٍ بصورة الانحلال وبين الوضع، فيجوز مطلقاً بدون استثناء صورة أصلاً.

أما الجواز تكليفاً فيما عدا المستثنى فلأصل.

وأما عدم الجواز كذلك في المستثنى فلأدلة وجوب الوفاء بالنذر. وأما الجواز وضعاً مطلقاً، فللعمومات المقتضية للصحة مع عدم ما يصلح لتوهم كونه مانعاً عنها إلا تعلق حق للمندور له بالمندور به وكون التصرف منهياً عنه، والنهي يدل على الفساد.

وكلاهما كما ترى.

أما الأول فلائنه خلاف الأصل مع عدم دليل عليه.

وأما الثاني فلأن النهي مع اختصاصه بصورة الاستثناء لا يدل على الفساد؛ لأنه متعلق بعنوان المخالفة لا بعنوان المعاملة.

فظهر ممّا ذكرنا أنّ الاستيلاء في الجارية المنذور كونها صدقة مشروطاً بشرط جائز قبل حصول الشرط تكليفاً فيما إذا لم ينحلّ إلى نذرين، ووضعاً مطلقاً فيؤثر في كونها أمّ ولد فيترتب عليها أحكامها، فلا يجوز نقلها قبل حصول الشرط بالبيع ونحوه.

وأما الانتقال إلى المنذور له بعد حصول الشرط فإن كان حصوله باختيار الناذر فكذلك؛ لأنّه أيضاً نقل اختياريّ فيندرج تحت أدلّة المنع، وإن كان غير اختياري ككون الشرط ولادة زوجته ذكرأفييتنى على أنّ الممنوع منه هو النقل الاختياري فينتقل هنا؛ لأنّ الانتقال فيه قهريّ، فلا يشمل الأدلّة، أو الأعمّ منه ومن القهري فلا تنتقل.

والظاهر هو الأول؛ ولذا تنتقل بالارث.

هذا حال نذر النتيجة، وأمّا نذر الفعل فقد ظهر الحال فيه ممّا تقدّم؛ لأنّ التصرف فيه بكلا قسميه يكون في الملك، فإن كان مطلقاً فيجوز وضعاً لوجود المقتضى وهو العمومات وعدم المانع لما عرفت آنفاً، ويحرم تكليفاً لأدلّة وجوب الوفاء بالنذر، وإن كان مشروطاً وحصل الشرط فحكمه حكم المطلق، وإلاّ فحكمه حكم نذر النتيجة مشروطاً قبل حصول الشرط، فيجوز وضعاً مطلقاً وتكليفاً كذلك إلاّ فيما ذكرناه من صورة الاستثناء، فتأمل وافهم.

قوله: ويحتمل كون استيلاها كاتلافاً فيحصل الحنث. ٢١ - ٢٠/١٨١

أقول: ظاهر التفريع أنّ كون الإتلاف غير جائز تكليفاً، وأنّه موجب للضمان ممّا لا شبهة فيه، والحال أنّه لا وجه له أصلاً في الفرض وهو كون التصرف قبل حصول الشرط إلاّ تعلّق حقّ المنذور له به مع تعميم المال في دليل الضمان للحقّ، وهو ممنوع صغرى وكبرى وإلاّ عطف على الالتزام بالشرط المتأخّر وهو غير معقول عنده وعندنا.

قوله: كما حكى عن بعض. ٢٢ - ٢١/١٨١

شرائط العوضين / كونه طلقاً (ما يستثنى من بيع أم الولد) ٤٠١

أقول: لا أرى وجهاً للملك في الفرض من النذر بالتصدق بها، أي إخراجها عن ملكه وإنشاء تمليكه بعنوان الصدقة، وهذا في طرف النقيض من الخروج عن الملك بالنذر، نعم بناء عليه لا حكم للعلوق لوقوعه في ملك الغير، فلا يكون أم ولد.

٢٢/١٨١ قوله: احتمل تقديم حق المنذور له في العين.

أقول: قد تقدّم أنه ليس للمنذور له حق متعلق بالعين بواسطة النذر، وإنما الموجود حكم وجوب الوفاء بالنذر على الناذر، وكذا ليس للمستولدة حق كذلك متعلق بنفسها وإنما الموجود منع المالك عن نقلها، فيقع التعارض بين دليلي وجوب الوفاء والمنع عن النقل، ولا شاهد للجمع بينهما بالقيمة، فيحكم بالتساقط والرجوع إلى قاعدة السلطنة المقتضية للبيع، كما هو قضية الأصل الأولي في تعارض الأخبار، أو بالتخير، فيأخذ بأحدهما ويعمل على طبقه، كما هو قضية الأصل الثانوي فيه.

٢٣/١٨١ قوله: فإذا حصل الشرط وجب التصديق بها.

أقول: بل لا يجوز لاستصحاب حكم الاستيلاد الثابت قبل حصول الشرط بعد تعارض دليلي وجوب الوفاء بالنذر والمنع عن النقل في ظرف حصول الشرط وعدم الشاهد على الجمع بالرجوع إلى القيمة، ومجرد تقدّم مقتضى الحكم مع مجيء عدم الشرط لا يوجب تقديم دليله على دليل علة الحكم مع تحقق علة التامة قبل مجيء شرط الحكم الأول، كما أن تقديم علة الحكم الثاني على شرط الحكم لا يوجب تقديم دليله على دليله، بل أن يقال: بأن دليل المنع وارد على دليل النذر نظراً إلى أن الرجحان المعتبر في متعلق النذر نصاً، وفتوى الرجحان في ظرف العمل لا في ظرف النذر، وقضية دليل المنع حرمة تصديق أم الولد، فيرتفع به موضع صحة النذر، وهو الرجحان في ظرف التصديق مع قطع النظر عن النذر.

٧- إذا كان
علوقها من
مكاتب مشروط
ثم فسخت
كتابته
٤ : ١٥١

٢٤/١٨١

قوله: ومنها ما كان علوقها من مكاتب مشروط.

أقول: كون هذا من المستثنيات موقوف على أمور:

الأول: أن يكون الأمة المستولدة من المكاتب ملكاً له بالشراء من كسبه أو بالهبة له، إن قلنا بملك العبد مطلقاً أو خصوص المكاتب؛ إذ تقدم أن من شرائط الاستيلاد ملك المستولد حين الاستيلاد.

الثاني: أن يكون حرّية المستولد المعتبرة في حرية ولد المستولدة، وكون أمّه أم ولد تعمّ الحرّية الاقتضائية الموجودة في المكاتب بواسطة عقد الكتابة، ولا تختصّ بالحرية الفعلية الموجودة حين الاستيلاد المتوقّفة في الفرض على أداء مال الكتابة: أمّا من حين الاستيلاد أو من حين الكتابة الموجبة لكون الاستيلاد حال الحرية على احتمالي النقل والكشف في الأداء مثل الإجازة، بل اختصّت بالحرّية الفعلية المنتفية في المقام لفرض الفسخ لم تصر الجارية أم ولد بالنسبة إلى المكاتب أصلاً، فلا استثناء حينئذٍ. وأشار في المتن إلى هذا الشرط بقوله: بناءً على أن مستولده أم ولد بالفعل غير معلق على عتقه المتوقّف على أداء مال الكتابة فعلى هذا يكون الولد حرّاً فلا يجوز له بيع الولد لكونه حرّاً، وللمناقشة في كفاية ذلك مجال واسع.

الثالث: أن يكون الممنوع من التصرف في أم الولد الجامعة لشرائط الاستيلاد أعّم من المستولد وغيره، كمولى المكاتب في المقام، ولا يكون مختصّاً بخصوص المستولد، وإلاّ فبيع غير المستولد - ومنه المولى في الفرض - لم يكن ممنوعاً عنه حتى يستثنى هذا منه.

الرابع: أن يكون مستولده ملكاً للمولى، وله تسلّط على بيعها لولا الاستيلاد، وإلاّ فلا يجوز له بيعها من جهة عدم الملك، فلا يكون معنى للاستثناء.

وأشار إلى هذا في المتن بقوله: «ثمّ فسخت كتابته» يعني لأجل عجزه

شروط العوضين / كونه طلقاً (عدم جواز بيع المرهون) ٤٠٣

عن أداء مال الكتابة؛ حيث إنه بعد الفسخ يكون هو وأمه المستولدة رقاً للمولى، أما الأول فلائته قضية الفسخ، وأما الثاني فلائته قضية كون مال العبد لمولاه، وأما قبل الفسخ فليس للمولى تسلط على ماله لزواله بالكتابة.

[القسم الرابع]

٢٦/١٨١ قوله: أو لعدم ثبوت النسب. مورد القسم

الرابع
٤: ١٥١-١٥٢

أقول: عدم ثبوت النسب إن كان من طرف الأم لفجور واقعاً من الأم بأن علم أنها تشبهت أمته المزوجة للغير بمملوكته الغير المزوجة فوطئها المولى، أو ظاهراً بأن اعترف بأنها تشبهت... إلى آخره، فيرثها الولد من أبيه ولكن لا تنعق عليه لعدم كونها أمه شرعاً.

وإن كان من طرف الأب بأن تشبه مولاه بزوجها واقعاً، أو اعترف به، فلا يرثها الولد من أبيه لعدم كونه ولده شرعاً.

وإن كانت تنعق عليه لو ملكها بغير الارث من الشراء ونحوه، فإن كان هذا عطفاً على قوله: «لاحد موانع الإرث» فينبغي الاقتصار على عدم ثبوت النسب من طرف الاب لتوريثه من أبيه مع عدم ثبوته من طرف الأم؛ وإن كان عطفاً على قوله: «لعدم توريثه من أبيه» لبيان أن عدم معرضيتها للعتق قد يكون لعدم توريثه مع الأمومة الشرعية كما في المعطوف، وقد يكون لعدم الأمومة الشرعية مع التوريث كما في المعطوف عليه، فينبغي الاقتصار على عدم ثبوته من طرف الأم.

[عدم جواز بيع المرهون]

١٨/١٨٢-١٩ قوله: ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين ملك الغير. المناقشة فيما

أفاده المحقق
التستري
٤: ١٥٨-١٥٩

أقول: وجه المنع أنه إن كان نفس الإنشاء يصدق عليه التصرف المنهي عنه فيبطل الثاني أيضاً لوجود الانشاء فيه أيضاً كالأول، والمفروض أنه تصرف

فيكون منهياً عنه، وإلا بل كان التصرف هو الاقباض الخارجي، فيصح في الأول مع الإجازة أيضاً كالثاني للعمومات.

قوله: ومنع اقتضاء مطلق النهي. ١٩/١٨٢

أقول: يعني مولوياً كان أو إرشادياً، بل المسلم منه هو خصوص الثاني.

قوله: أولاً أن نظير ذلك يتصور في بيع الرهن. ١٩/١٨٢

أقول: التعبير بالنظير بلحاظ أن المثال الأول الذي ذكره مثلاً لعدم الاستقلال ليس من باب النيابة، وإنما هو نظير لها في صرف عدم الاستقلال.

قوله: وقد يبيع جاهلاً. ٢٠/١٨٢

أقول: يعني وقد يبيع مُستقلاً غير راج إجازة المرتهن ولكن جاهلاً بالرهن أو بحكمه، أعني: عدم جواز بيعه، أو ناسياً للرهن أو حكمه ولا حرمة في شيء من ذلك الفروض حتى يدل على الفساد.

وفي بعض النسخ المصححة بعد قوله: «من ذلك»: «فتأمل». قيل: إنه إشارة إلى ما نقل عنه في الدروس من المناقشة في غير المثال الأول بأن النهي الموجب للفساد على القول به هو النهي الواقعي، فعدم تنجزه في الصور المذكورة مع عدم العذر في جهله بالحكم أو نسيانه لا ينفع في الحكم بالصحة، فتدبر.

قوله: وحاصله يرجع. ٢٢/١٨٢

أقول: وحاصل المنع عن بيع الرهن في النص والفتوى من طرف الراهن والمرتهن يرجع... إلى آخره.

قوله: يلزم منه كون. ٣٠/١٨٢

أقول: يعني يلزم من كون كاشفة الإجازة هنا أن يكون مال غير البائع الراهن - وهو المشتري في زمان متوسط بين البيع والإجازة - رهناً لنفع البائع.

قوله: نظير ما تقدم في مسألة من باع. ٣١/١٨٢

تخيّل وجه آخر
للبطلان ٤: ١٦٠

أقول: يعني أنّ هذا الإشكال الذي يرجع بالآخرة إلى كون العين المرهونة في زمان متوسط بين زمان بيع راهن وزمان الإجازة ملكاً لشخصين: البائع الراهن والمشتري.

أمّا الأوّل فلأنّه قضية كون الرهن من ماله.

وأما الثاني فلأنّه قضية كاشفية الإجازة نظير الإشكال الوارد على صحة مطلق الفضولي الذي تقدّم التعرّض له في ضمن رابع الاشكالات التي أوردتها صاحب المقابس على صحة الفضولي في خصوص مسألة: «من باع ثمّ ملك» من بين أفراد مطلق الفضولي بناء على الكشف من لزوم كون المبيع ملكاً لشخصين: المالك المجيز والمشتري من الفضولي، فيما بين زمان العقد الفضولي والإجازة.

أمّا الأوّل فلأنّه قضية توقّف الإجازة على الملك.

وأما الثاني فلأنّه قضية الكشف ويشير بذلك الإشكال المتقدّم في تلك المسألة إلى ما ذكره صاحب المقابس في ذيل الإشكال الرابع بقوله: فإن قلت مثل هذا لازم في كلّ عقد فضولي؛ لأنّ صحته متوقّفة على الإجازة المتأخّرة المتوقّفة على بقاء ملك المالك والمستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المشتري والمالك معاً في آن واحد، فيلزم إمّا بطلان عقد الفضولي مطلقاً أو بطلان القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه. انتهى.

وبالجملة: مراده من الموصول فيما تقدّم إنّما هذا الإشكال الذي ذكره صاحب المقابس في تلك المسألة بقوله: «فان قلت إلى آخره».

وأما المراد من الموصول في قوله فيما بعد: «وأما ما يلزم في مسألة من باع» فهو الإشكال الوارد على خصوص هذا القسم من أقسام الفضولي، فلا تنافي بين الإثبات والنفي في العبارتين، كما قد يتوهم.

٣٥/١٨٢

قوله: بالفحوى لأنّ اجازة.

أقول: فإذا جاز تقدّم المسبّب على أحد جزئي السبب فيجوز أن يتقدّم على انتفاء المانع بطريق أولى.

١/١٨٣

قوله: ومن أجل ذلك.

أقول: أي من أجل أنّ الاجازة من المرتهن كاشفة لا ناقلة جوّزوا عتق الرّاهن... إلى آخره، فلا ينافي الاتفاق منهم على أنّ الإيقاع لا يقع مراعى، بمعنى وقوعه متأخراً عن صيغته ومنفصلاً عنها لو صحّت.

وعلى الكشف لا يلزم الانفصال عن الصيغة وإنّما يلزم ذلك بناء على النقل.

هذا ويتجّه على هذا: أنّه يلزم بناء عليه صحّة إيقاع الفضولي مطلقاً على القول بالكشف، وهو خلاف إطلاق معقد إجماعهم على بطلان الإيقاع الفضولي، لكن تقدّم منّا الإشكال في هذا الاجماع في باب الفضولي وأنّ التحقيق جريان الفضولي في الإيقاعات مثل العقود، فراجع.

٥/١٨٣

قوله: وليس كردّ بيع الفضولي.

أقول: قد مرّ هناك الإشكال في ابطال الردّ لعقد الفضولي ومانعته عن تأثير الاجازة بعده.

هل إجازة
المرتهن كاشفة
أو ناقلة؟
٤: ١٦٠-١٦١

هل تنفع
الإجازة بعد
الردّ أم لا؟
٤: ١٦١-١٦٢

[بيع العبد الجاني عمداً]

قوله: ويردّه أنّ المبيع إذا كان متعلّقاً لحقّ الغير فلا يقبل أن يقع لازماً لادائه إلى سقوط حقّ الغير.

٥-٤/١٨٤

أقول: فيه: أنّه نعم فيما إذا كان متعلّقاً له بما هو ملك البائع؛ إذ يلزم البيع حينئذٍ يزول الملك فيسقط الحقّ عن العين، إلّا أنّه ممنوع؛ لأنّ الظاهر من الأخبار أنّ الحقّ متعلّق بالجاني بما هو يدور معه أينما دار سواء كان في ملك البائع أو ملك المشتري؛ وذلك ضرورة أنّ القصاص منه -الذي هو أحد طرفي

وقوع البيع
مراعى لا باطلاً
٤: ١٦٨

شروط العوضين / كونه طلقاً (بيع العبد الجاني خطأ) ٤٠٧

التخيير - متعلق بنفس الجاني ولو لم يكن في ملك البائع، بل ولو كان حرّاً، وظاهر المقابلة بينه وبين الاسترقاق تعلّقه أيضاً مثله بنفسه، ولو تنزّلنا عن ذلك فلا أقلّ من الشكّ في سقوط الحقّ بالبيع، فيرجع إلى الاستصحاب المقتضي لعدمه فتأمّل، فمقتضى العمومات هو القول بلزوم البيع.

الاستناد في

عدم الصحة

إلى عدم الملك

والمناقشة فيه

١٧١ : ٤

قوله: فإنّه ينتقل إلى المجنيّ عليه.

أقول: الظاهر «فإنّها» لأنّ الضمير راجع إلى السلطنة لا إلى الملك، وإلّا لا يكون هذا توجيهاً لكلامه كما هو قضيّة قوله: «ويمكن أن يكون مراد الشيخ».

[بيع العبد الجاني خطأ]

هل يصحّ بيع

العبد الجاني

خطأ أم لا؟

١٧٢ : ٤

٢٢/١٨٤ - ٢٣ قوله: فيبطل البيع.

أقول: بل يبقى على صحّته مع اللزوم لو كان المشتري عالماً، ومع الخيار له لو كان جاهلاً مثل صورة الاعسار، وإنّما يبطل لو كان يلزم من نفوذه سقوط حقّ المجنيّ عليه، وهو استرقاقه فيما لو امتنع المولى من الفداء بها؛ إذ قد مرّ أنّه يلزم ذلك فيما إذا كان متعلّقاً به بما هو ملك البائع لا فيما إذا كان متعلّقاً بنفسه مطلقاً فله استرقاقه ولو كان في ملك المشتري، فإن كان جاهلاً فله الخيار في الفسخ والرجوع إلى البائع بالثمن مع جهالته بالخيانة، وأمّا مع العلم بها فلا خيار أيضاً.

هل البيع التزام

بالفداء أم لا؟

١٧٣ : ٤

٢٩/١٨٤ قوله: وعلى هذا فلا يكون.

أقول: وعلى تقدير جواز انتزاعه من المشتري لا يكون البيع موجباً لضمان البائع؛ لعدم كون البيع إتلافاً لحقه.

المناقشة فيما

أفاده

العلامة رحمه الله

١٧٤ : ٤

٣٥/١٨٤ قوله ﷺ: وتعلّق الحقّ هنا بالعين، فتأمّل.

أقول: لعلّه إشارة إلى منع ما ذكره أولاً من أن الفداء غير لازم قبل البيع بأنّه إن أراد من عدم لزومه على المولى عدم لزومه تعييناً فهو مسلّم، ولكن

لا حاجة إليه في الحكم بلزومه عليه تعييناً بعد البيع؛ إذ يكفي فيه لزومه تخييراً قبل البيع كما هو المشهور مع تعذر الطرف الآخر وهو دفع نفسه إلى المِجْنِيّ عليه لأجل بيعه للزومه ووجوب الوفاء به عليه. وإن أراد عدمه تخييراً ففيه: أنه ممنوع؛ إذ المشهور كما مرّ هو التخيير بينه وبين دفع نفسه.

أو إشارة إلى منع ما ذكره ثانياً بقوله: «وبيعه ليس اتّلافاً له» بأنّهم حكموا بكونه بمنزلة التلف الحقيقي في سائر الموارد كما في باب المعاوضة والبيع في زمن الخيار.

أو إشارة إلى منع الأولوية التي ذكرها أخيراً بأنّ الدين وإن تعلّق بالذمة إلاّ أنّ هناك حقّاً حادثاً بالرّهن، أعني: حقّ الرّهانة، وهو مثل حقّ الخيانة متعلّق بالعين بلا تفاوت بينهما، فلا أولوية في البين.

قوله: وحكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

أقول: فإن كان بإذن من المولى جاز الرجوع، وإلاّ فلا.

[• الثالث: القدرة على التسليم]

١/١٨٥

قوله: في الجملة.

أقول: يعني أعمّ من الإيجاب الكلّي كما هو المشهور، أو الإيجاب الجزئي؛ لعدم اعتبارها فيما إذا ضمنه البائع بالمعنى الذي تعرفه فيما بعد كما نسب إليه الاسكافي، أو فيما إذا لم يكن هناك خديعة كما يظهر من الفاضل القطيفي حيث حكم بالصحة مع عدم القدرة على التسليم والتسلّم مع علم المشتري بالحال ورضاه.

قوله: في المبسوط.

أقول: لا يجدي هذا إلاّ بعد الجزم بأنّ المناط عنده عدم القدرة على التسليم؛ حيث إنّ دعوى الإجماع على عدم جواز البيع في شيء لا يوجب

شرطية القدرة
على التسليم
٤ : ١٧٥

دعوية في كل ما يشترك معه في جهة، إلا أن يكون مناط الإجماع فيه تلك الجهة.

٣/١٨٥ قوله: واستدل على ذلك في التذكرة بأنه نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

الاستدلال
عليه :- «نهى
النبي ﷺ عن
بيع الغرر»
١٧٥:٤-١٧٦

أقول: هذا هو العمد في المقام قبال الاطلاقات المقتضية لعدم اعتبار القدرة على التسليم؛ لقوة احتمال استناد المجمعين كلاً أو بعضاً إلى هذا أو غيره مما استدلل به على المقام، لا إلى دليل تعبدّي آخر وصل إليهم وخفى علينا، فتأمل.

وأما الوجوه الأخر فسيأتي المناقشة فيها واحداً بعد واحد، وهذا أيضاً قابل للخدشة فيه من حيث الدلالة؛ وذلك لأنه لا ريب في أن المراد من الغرر في هذا النبويّ متحد معه في النبويّ الآخر الخالي عن لفظ البيع. ومن المعلوم أن المراد منه في الثاني بقرينة تعلّق النهي به لا بد أن يكون فعلاً اختيارياً للمكلف، وهو من بين المعاني المذكورة للغرر لغة منحصر في الخديعة؛ لأن ما عداها منها - كالغفلة والخطر بمعنى احتمال الهلاك - ليس كذلك، وهو واضح، فالمراد منه في النبويّ المشتمل على لفظ البيع هو الخديعة، فيكون هو في كلا الخبرين من غره متعدّياً لا من غرّ لازماً، ويكون إضافة البيع إليه من إضافة الظرف إلى المظروف كما في صوم الوصال ونحوه.

ولا ينافي كونه في الخبر بمعنى الخديعة تمثيل أهل اللغة لبيع الغرر ببيع الطير في الهواء والسّمك في الماء؛ إذ ليس في كلامهم إطلاق من هذه الجهة، وإنّما هم في مقام بيان ما يتحقّق به بيع الغرر في الجملة قبال عدم تحقّقه به أصلاً، فلا ينافي اعتبار ما يتحقّق به الخديعة، كما لا إطلاق فيه بالقياس إلى جهة اعتيادهما العود وعدمه، وإنّما المراد منه خصوص الثاني وكون الممثل - بالفتح - هو الغرر لو اقتضى الاختصاص لصورة عدم الاعتياد فليقتض الاختصاص بصورة الخديعة.

ولا ينافيه أيضاً ما روى عن أمير المؤمنين - عليه وعلى أولاده أفضل الصلاة والسلام -: «أنّه^(١) عمل ما لا يؤمن معه من الضرر» بل يؤيده أو يدلّ عليه؛ فإنّه تفسير للغرر لا لبيع الغرر، فلو كان بمعنى الخطر واحتمال الهلاك ولو لم يكن هناك خدع لكان معنى بيع الغرر في النبوي بملاحظة التفسير العلوي: بيع فيه عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، ولا ينطبق هذا على بيع غير مقدور التسليم مطلقاً، ولو مع تجرّده عن الخديعة، كما إذا علم البائع بعدم القدرة وجهل المشتري به ولم يبيّنه للمشتري مع سؤاله أو مطلقاً حتى بدون السؤال على إشكال في صدق لاخديعة بدون السؤال، فافهم.

فعاية ما يدلّ عليه النبوي: أنّ البيع المشتمل على الخديعة من جهة من الجهات منهي عنه، فبضميمة أنّ النهي للإرشاد - كما لا يبعد - أو للتحريم المولوي، ولكنه يدلّ على الفساد في المقام إجماعاً على ما استظهر المصنّف التصريح به من الإيضاح يدلّ على اعتبار عدم الخديعة، وأين هذا من اعتبار القدرة على التسليم؛ لأنّ النسبة بينهما عموم من وجه؟

ومما ذكرنا يظهر الخدشة في الاستدلال به على جملة من الشروط، ولعلّه يأتي لذلك تتمّة في خيار: الغبن والرؤية، فتدبّر جيّداً.
قوله: وهذا غرر.

أقول: هذا الكلام من المصنّف لا العلامة، وقد مرّ الكلام في صدق الغرر في النبويّ بمجرد عدم القدرة على التسليم، وقلنا: إنّّه لا بدّ في صدقه من تحقّق ما يوجب الخديعة.

أقول: يعني الفقهاء وأهل اللغة وقد عرفت عدم دلالة تمثيل أهل اللغة بذلك على نفي اعتبار الخديعة في مفهوم الغرر في النبوي.

قوله: مع أن معنى الغرر على ما ذكره أكثر أهل اللغة صادق عليه.
أقول: يعني بهذا المعنى الخطر.

وفيه: منع كونه في النبوي بهذا المعنى لما عرفت؛ ولأنه لو كان بذاك المعنى لزم إما الالتزام ببطلان بيع كل ما فيه الخطر واحتمال الهلاك كالمريض بمرض شديد والمحمّل فيه الحرق أو الغرق وما أشبه ذلك، أو بالتخصيص بلا مخصّص، وكلاهما كما ترى.

هذا مع إمكان منع كونه معنى للغرر؛ حيث إنه لا يصح استعماله بماله من المعنى الارتكازي فيما يصح فيه استعمال الخطر مثلاً يقال: في الطريق خطر، وفي الصوم خطر، ولا يقال: غرر. فإطلاقه عليه لابد وأن يكون بنحو من العناية.

قوله: والمروّي عن أمير المؤمنين عليه السلام. ٦-٥/١٨٥

أقول: يعني مع أن المروّي عن أمير المؤمنين عليه السلام أن الغرر عمل ما لا يؤمن معه من الضرر، ومن المعلوم أنه صادق على بيع غير مقدور التسليم وشرائه؛ إذ لا يؤمن من ورود الضرر على المشتري من جهة احتمال ذهاب ثمنه بلا عوض يصل إليه.

هذا وقد مرّ أن مقتضاه اعتبار الخديعة في مفهوم الغرر.

قوله: وفي الصحاح. ٦/١٨٥

أقول: الأنسب الفاء بدل «الواو» كما لا يخفى.

قوله: ما كان على غير عهدة. ١٠/١٨٥

أقول: لعل مراده من عدم العهدة عدم ضمان البائع للمبيع، أي بيع ما كان بلا ضمان من البائع للمبيع ولا ثقة منه وجوداً أو حصولاً أو وصفاً كمّاً أو كيفاً، ولازمه جواز بيع غير المقدور مع ضمان البائع له، فيوافق ما حكى القول به على الاسكافي.

معنى الغرر
لغة ٤: ١٧٦

تعريف النهاية
٤: ١٧٧

- ١١/١٨٥ قوله: أي أحملها على غير ثقة.
أقول: يعني أحملها على أمر مع عدم وثوق بسلامتها فيه.
- ١٣/١٨٥ قوله: وليس في محكيّ النهاية منافاته لهذا التفسير.
أقول: أمّا وجه توهم المنافاة فهو أنّه ليس في بيع الطير في الهواء ما يكون له ظاهر يغزّ المشتري وباطن مجهول، وأمّا وجه عدم المنافاة فلم يظهر لي بعد التأمل، إلّا أن يقال: إنّ مراده من «الظاهر» احتمال عدم الهلاك، ومن «الباطن» احتمال الهلاك، فتأمل.
- ١٤ - ١٣/١٨٥ قوله: وبالجملة: فالكلّ متفقون على أخذ الجهالة.
أقول: نعم متفقون عليه في الجملة؛ لأنّهم بين من فسّره بالخطر وهو احتمال الهلاكة والجهل بها، وبين من أخذ في تعريفه الجهل بالباطن كالنهاية أو عدم الوثوق كالازهري، وبين من فسّره بالمثالين وحصول المبيع فيهما مجهول. وأمّا تعميمهم الجهالة على ما ذكره بقوله: «سواء تعلّق» فإنّما يدلّ عليه ما في كلماتهم من الإطلاق لو تمتّ مقدّماته، لكنّه منظور فيه.
- ١٤/١٨٥ قوله: وربّما يقال.
أقول: القائل صاحب الجواهر رحمته.
- ١٦ - ١٥/١٨٥ قوله: بل هو أوضح شيء في بيع الثمار.
أقول: أي الخطر من حيث الجهل بالتسليم.
- ١٨/١٨٥ قوله: يدفعه ملاحظة اشتهاار.
أقول: تمثيل الفقهاء بذلك للعجز عن التسليم لا يصير قرينة على إطلاق كلام أهل اللغة وعموم الجهل فيه للجهل بالحصول.
- ٢٤/١٨٥ قوله: حيث قال: الغرر لغة ما كان... إلى قوله: بعضهم.
أقول: قاله في القاعدة الخامسة والمثتين. وضمير «بعضهم» راجع إلى اللّغويين المستفاد من قوله: «لغة».

سائر كتب
اللغة
١٧٧-١٧٨: ٤

أخذ الجهالة
في معنى الغرر
١٧٨ : ٤

توهم أن
المنساق من
«الغرر» الجهل
بصفات المبيع
ومقداره ١٧٨: ٤

رفع التوهم
المذكور
١٧٨-١٧٩: ٤

كلام الشهيد
في القواعد في
تفسير «الغرر»
١٨٠-١٨١: ٤

٢٥/١٨٥ قوله: وشرعاً هو.

أقول: لعلّ مراده أنّ الغرر المنهّي عنه شرعاً هو الجهل بالحصول، فتأمل، فإنّه مطالب بالدليل.

ثمّ إنّ مراده من نفي الغرر في قوله: «فليس غرراً» نفيه شرعاً.

قوله: وبينها عموم وخصوص من وجه.

أقول: لوجود الغرر الشرعي وهو الجهل بالحصول بدون الجهل بالصفة كما في العبد الآبق إذا كان... إلى آخره، ووجود الجهل بالصفة بدون الفرد الشرعي، أي بدون الجهل بالحصول كما في المكيل والموزون والمعدود إذا لم يعتبر بالكيل والوزن والعدّ، وقد يتوغّل المبيع في جهالة الصفة كحجر... إلى آخره.

٢٧/١٨٥ قوله: يتعلّق الغرر والجهل تارة.

أقول: لعلّ الجهل عطف تفسير للغرر، والمراد منه مطلق الجهل لا خصوص الجهل بالحصول، وإلاّ لم يصحّ التقسيم، فيكون هذا قرينة على أنّ المراد من الغرر هنا غير ما خصّه أولاً بالجهل بالحصول.

٢٨/١٨٥ قوله: ما يُدرى ما هو.

أقول: يعني بحسب الجنس، وكذا المراد من الاختلاف في سلع مختلفة، هو الاختلاف في الجنس.

قوله: كعبد من عبيد.

أقول: يعني عبيد مختلفة بحسب النوع.

٢٨/١٨٥ - ٢٩ قوله: والعين كثوب من ثوبين مختلفين.

أقول: يعني الاختلاف في القيمة، ولا أرى وجهاً لهذا التوصيف إلاّ ما يظهر من كلامه في شرح الإرشاد من عدم الغرر مع الاختلاف في القيمة.
قوله: لا محالة كان غرراً عند الكلّ.

أقول: لأنّه مع ذلك الشرط يكون مجهول الحصول، وهو غرر عند كلّ الأصحاب بخلافه بدون الشرط، فإنّه جهل بصرف البقاء، وهو غرر عند بعض الأصحاب.

قوله: كأس الجدار. ٣٠/١٨٥

أقول: يعني به أسفل الجدار الداخل في الأرض المبنيّ بالحجارة أو الآجر غالباً.

قوله ﷺ : وقطن الحنطة.

أقول: الحنطة من غلط النسخة، والصواب بدلها «الجُبّة» بالجيم المضمومة وفتح الباء المشدّدة.

قوله ﷺ : وقد يكون بينهما. ٣١/١٨٥

أقول: أي بين كونه ممّا له مدخل ظاهر في العوضين ولا يتسامح به وبين كونه ممّا يتسامح به، وهو محلّ الخلاف كالجراف... إلى آخره.

قوله: وفي بعض كلامه تأمل. ٣٢-٣١/١٨٥

أقول: من هذا البعض: تخصيصه الغرر بالجهل بالحصول؛ إذ قد عرفت أنّه أعمّ منه ومن الجهل بالصفات كمّاً وكيفاً.

ومنه: دعوى ثبوت الحقيقة الشرعيّة في لفظ الغرر؛ إذ الظاهر أنّه باقي على معناه اللّغوي، بل ربّما يدعى الاتّفاق على عدمها في باب المعاملات التي منها الغرر.

ومنه: التهافت بين تخصيص الغرر في أوّل كلامه بالجهل بالحصول وبين تعميمه له وللجهل بالصفات في آخر كلامه بقوله: «ويتعلّق الغرر والجهل تارة بالوجود»؛ حيث إنّ الجهل بالجنس والنوع والقدر وكذا ما له دخل ظاهر في العوضين يعني في ماليّتهما، وكذا الجهل بأسّ الجدار وأصله أنّه حجرٌ أو مدرٌ أو حصّ أو طين، والجهل بقطن الثوب والجُبّة جديد أو عتيق كلّها من قبيل الجهل

كلام الشهيد
في شرح
الإرشاد في ذلك
أيضاً ٤: ١٨١

بالصفات، إلا أن يقال كما أشرنا إليه من أن المراد من الغرر في ذيل العبارة معناه اللغوي، وعطف الجهل عليه للتفسير كما يدل عليه التقسيم؛ ضرورة أن معنى الجهل بالحصول لا يتطرق عليه التقسيم.

ومنه: جعله الجزاف... إلى آخر ما ذكره من الأمثلة من محلّ الخلاف في كون الغرر فيها ممّا يتسامح فيه أو ممّا لا يتسامح، والحال أنه ينبغي القطع بكونه فيها من الثاني، وأمّا التأمل في كلامه في شرح الإرشاد فقد تعرّض لوجهه بقوله: «فإن مقتضاه أنه لو اشترى».

٣٣/١٨٥ قوله: فلجواز عدمها.

أقول: أي عدم الأثمان التي عيّنت بتعيين الشخص، كما إذا كان عند شخص دينار في كيسه فاشترى به متاعاً من شخص، فقال صاحب المتاع: بعثك هذا المتاع بهذا الدينار الذي في كيسك. وقبله المشتري؛ إذ من الجائز عدم الدينار حال العقد لجواز سقوط من كيسه أو سرقة.

قوله: لأنّ الغرر احتمال مجتنّب عنه.

أقول: يعني أن الغرر عبارة عن احتمال عدم الحصول احتمالاً عقلياً يعتدّ به ويجتنّب عنه في العرف، بحيث لو ارتكبه أحد وبّخه أهل العرف لا مطلق الاحتمال ولو كان بحيث لا يعتدّ به، وما ذكره من جواز عدم وظهور الاستحقاق للغير لا يخطر بالبال فضلاً عن كونه بمرتبة يوبّخ ويلام على ارتكابه، فلو قال يُزَيَّرُ: لأنّ الغرر هو الاحتمال المجتنّب عنه في العرف، لكان أحسن.

٣٤/١٨٥ قوله: فإنّ مقتضاه أنه لو اشترى الآبق.

أقول: يمكن دفعه عن كلام الشهيد رحمته بأن مراده من توصيف الاحتمال الذي جعله معنى الغرر بقوله: «مجتنّب عنه في العرف»: هو الإشارة إلى مرتبة الاحتمال وتعيينها. والمراد من اتّصاف الاحتمال بذاك الوصف الاتّصاف

الاقتضائي لو خلّي ونفس الاحتمال مع قطع النظر عن الخارج عن ذات الاحتمال الموجب لترجيح الاحتمال المقابل له عليه في مقام العمل من النفع الكثير وغيره، فما ذكره من الأمثلة لا يكون نقضاً عليه؛ حيث إنّ الاحتمال فيها في مرتبة يوبّخ من ارتكبه عليه في حدّ نفسه لو لم يكن هناك ما يوجب العذر، فيكون خطراً فيبطل.

وبالجملة: غرضه ﷺ أنّ المدار في تحقّق الغرر على تحقّق احتمال مقتضى لصحّة التوبيخ لولا المانع لا على صحّة التوبيخ الفعلي، وإن شئت قلت: إنّ المدار في الغرر المانع عن صحّة البيع كونه منهياً عن الارتكاب عليه بالنهي العقلي الإرشادي الاقتضائي لا النهي الفعلي الموقوف على فقد المرجّح، والنقض وارد عليه على التقدير الثاني دون الأول.

ومما ذكرنا ظهر الخدشة في قوله: «فالأولى... إلى آخره»؛ حيث إنّ اختصاصه بالسفهاء والمتسّفه إنّما يلزم من إناطته بالنهي الفعلي، وقد مرّ أنّ المراد منه الاقتضائي المعلق على عدم ما يرجّح الاحتمال المقابل له عليه، وعليه لا يلزم الاختصاص المذكور كما لا يخفى.

قوله: مع أنّه لا جهالة في بعضها .
أقول: بل في كلّها حتّى في بيع الملامسة بناء على أنّها عبارة عن إنشاء البيع باللمس بالمبيع.

قوله: ولعلّه كان على وجه خاصّ.
أقول: يعني به التفسير الآخر لها، وهو تعيين المبيع بالتبذ والحصاة واللمس بأن يقول: بعثك ما أنبذه إليك أو ألقى الحصاة عليه أو ألمسه؛ إذ بناء عليه لا شبهة في الجهالة.

قوله: لزوم السفاهة وكون أكل الثمن.
أقول: في إطلاقهما منع جليّ؛ إذ قد يكون المبيع مع امتناع تسليمه

وتسلّمه ممّا ينتفع به عادة كالعبد الآبق؛ لجواز عتقه في كفّارة، فبذل الثمن في مقابله لذلك ليس سفاهة وليس أكله في قبالة أكلاً بالباطل، ومنه يظهر المنع في سقوطه عن المالّية بالمرّة وإن سقط معظم مالّيته لأجل سقوط معظم الانتفاعات، وسيصرّح بالمنع المذكور في ردّ الاستدلال على المطلب بأنّ الغرض من المنع الانتفاع... إلى آخره.

وردّ الاستدلال عليه بأنّ بذل الثمن على غير المقدور سفه، فالأولى الاستدلال على بطلان البيع في مثل ذلك بالنبويّ بطور الأولويّة. قوله: ٩/١٨٦ على ما هو ظاهر المشهور.

أقول: قد تقدّم الإشكال على هذا بلزوم الجمع بين العوض والمعوّض، وما هو التحقيق في كونه ملكاً للغاصب بعد بذل القيمة وبقائها في ملك المغصوب منه في أواخر البحث في قاعدة ما يضمن بصحيحه إلى آخره، فراجع.

[وجوه أخرى للاستدلال على شرطية القدرة]

١٠/١٨٦ قوله: لجواز بيع الغائب والسّلم. ١ - النبوي

المشهور «لا تبع ما ليس عندك» ٤: ١٨٣

أقول: مجرّد جواز ذلك لا يوجب التصرّف في معنى «عندك» وتأويله إلى معنى آخر لا مكان التخصيص، بل هو الظاهر وإلّا لزم التصرّف في ظهور لفظ كلّ عام يلزم ورود التخصيص مع إرادة ظهوره والحمل على معنى لا يلزم معه ذلك، كما إذا ورد: أنّ إكرام العالم واجب، ودلّ دليل على عدم وجوب إكرام زيد العالم؛ إذ مع حفظ ظهور العالم في معناه يلزم تخصيصه بالنسبة إلى زيد العالم، فلا بدّ من التصرّف فيه بحمله على الامام عليه السلام.

وهو كما ترى من وضوح الفساد بمكان، وحينئذٍ لا يصحّ الاستدلال به على اعتبار القدرة على التسليم؛ لأنّ النسبة بينها وبين مفهوم العنديّة عموم من وجه، ولا يجوز الاستدلال بأحد العامّين من وجه على الآخر.

قوله: لأنَّ المناسب حينئذٍ ذكر لفظ اللام.
أقول: مضافاً إلى جواز بيع الولي والوكيل إجماعاً.
قوله: ولا مجرد السلطنة.

أقول: يعني ولا السلطنة المجردة عن اعتبار فعليَّتها حال البيع، ومرجع ذلك إلى مطلق السلطنة أعمّ من الحاصلة حين العقد والحاصلة بعده، كما لو باع ثم اشترى، فيكون معنى الحديث على هذا: لا تبع ما ليس لك سلطنة عليه أصلاً لا حال العقد ولا بعده، وهو منافٍ لاستدلال الفقهاء على البطلان فيما لو باع ثم اشترى مع أنَّه مورد الروايات؛ حيث إنَّ البائع له سلطنة عليه بعد الشراء.

١٤/١٨٦

قوله: ممكن.

معنى «كونه

عنده» ٤: ١٨٤

أقول: مجرد الإمكان غير كافٍ في الاستدلال، بل لابدّ فيه من الظهور في معنى الاحتمال، وهو غير معلوم.

١٥/١٨٦

قوله: وليس في الأخبار المتضمنة.

أقول: قد تقدّم من المصنّف رحمه الله في ردّ الاستدلال بالنبويّ على بطلان بيع الفضولي: أنَّ العلامة في التذكرة قال: إِنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ ذكره جواباً لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي فيشتري ويسلمه، فلعلَّ نظر المورد في دعوى الاختصاص بما ذكره إلى وروده في ذاك المورد، فيرد عليه حينئذٍ أنَّ المورد لا يوجب التخصيص، لكن يضعفه أنَّه مبنيّ على كون العموم المستفاد من كلمة ما وضعياً وهو قابل للمنع؛ لاحتمال أن تكون موصوفة بمعنى الشيء، لا موصولة بمعنى الذي، وعليه يكون عمومهُ إطلاقياً محتاجاً إلى مقدّمات الحكمة، ومن جعلتها انتفاء القدر المتيقّن في مقام التخاطب، وهو منتفٍ فيه لكون المورد القدر المتيقّن في ذاك المقام، بل لو سلّمنا أنها موصولة منعنا إفادته للعموم؛ لابتنائها على عدم احتمال العهد، والعهد إلى المورد محتمل، فتأمّل.

١٩/١٨٦ قوله: ولا رجحان لهذه التخصيصات. المناقشة في الاستدلال بالخبر المذكور ٤: ١٨٤ عليه.

٢٢- ٢١/١٨٦ قوله: ومنها أن لازم العقد وجوب التسليم. ٢ - استحالة التكليف بالممتنع والمناقشة فيه ٤ : ١٨٥ أقول: يعني من لازم الحكم المستفاد من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) حيث إن الحكم لازم الموضوع. قوله: العوضين. ٢٢/١٨٦

أقول: ينبغي أن يقول: كلاً من العوضين. قوله: لاستحالة التكليف بالممتنع. أقول: فمع عدم القدرة على التسليم ينتفي لازم العقد، وهو وجوب التسليم المستلزم لانتفاء ملزومه وهو صحة العقد. قوله: ويضعف بآته.

أقول: وبأن الدليل لا ينحصر في آية ﴿أَوْفُوا﴾؛ إذ يكفي دليلاً على الصحة مع عدم القدرة على التسليم إطلاق آيتي حلية البيع والتجارة عن تراض.

قوله: وقد يعترض بأصالة. ٢٣/١٨٦ أقول: المعارض والدافع هو صاحب الجواهر. وحاصل الاعتراض على التضعيف: هو اختيار الشق الأول، بدعوى أصالة الإطلاق وعدم التقييد بالقدرة في طرف الحكم، وقد مر أن انتفاء اللازم من جهة استحالة التكليف بالممتنع يكشف عن انتفاء الملزوم، وهو صحة العقد وهو المطلق.

وحاصل ما دفع به الاعتراض المذكور: أن الأصل المزبور معارض

بأصالة عدم التقييد في طرف الموضوع للعلم الإجمالي بتقييد واحد من الحكم والموضوع؛ لقبح التكليف مع الإطلاق فيهما واستحالته من الحكيم، ولا يخفى أن مقتضى هذا الأصل الصحة لورود القيد حينئذٍ على الحكم ومفاده الصحة، كما أن مقتضى الأول الفساد لخروج غير مقدور التسليم عن موضوع الدليل فبعد التعارض يرجع إلى أصالة الصحة.

وحاصل وجه النظر: أمّا في الاعتراض فهو أن التقييد الفعلي في ناحية الحكم ممّا لا شكّ فيه، فلا موضوع للأصل، فتأمل.

وأما في المعارضة فهو أن المقام ممّا ينافي ظهور الحكم مع ظهور الموضوع ولا يمكن الحفظ لكلا الظهورين، والظاهر ترجيح ظهور الموضوع والتصرّف في ظهور الحكم كما تقدّم منه التصريح بذلك في مسألة بيع نصف الدار، بعكس ما ذكره في تقريب اختصاص معنى النقض المأخوذ في أخبار الاستصحاب بموارد الشكّ في الرافع من ترجيح ظهور الحكم على ظهور الموضوع، وقد مرّ ممّا في تلك المسألة منع إطلاق ما ذكره في كلا المقامين، وأنّ الأمر يختلف باختلاف الموارد، فتارةً يكون هذا أقوى وأخرى ذاك، وحقّقناه في استصحاب عموم الأدلّة لموارد الشكّ في المقتضى؛ نظراً إلى أنّ المصحّح لاسناد النقض نفس اليقين الموجود في جميع الموارد لا خصوصيّة المتيقّن من كونه ممّا يبقى لولا الرافع.

ويمكن أن يكون نظره إلى الوجهين اللذين رجّح بهما تقييد المادة على تقييد الهيئة مع دوران الأمر بينهما في الواجب المشروط: أحدهما: كون الهيئة استغراقياً وعموم المادة بدلياً. والثاني أضعف من الأوّل فهو أولى بالتصرّف.

ثانيهما: إنّ التصرّف موجب للتصرّف في المادة أيضاً بخلاف العكس، فيدور الأمر بين تقييد وتقييدين ومخالفة أصل وأصلين، والمتعين هو الأوّل،

وقد بين في الأصول فساد كلا الوجهين، فراجع إلى الأصول.
فالتحقيق في رد الاستدلال منع دلالة على وجوب التسليم، وأن غاية مدلوله هو إبقاء العقد على حاله وحرمة فسخه.
وأما وجوب التسليم فموضوعه مال الغير، وإنما يتحقق بعد تأثير العقد في النقل والانتقال، فإن كان هناك قدرة تتعلق التكليف به وإلا فلا كما في سائر التكاليف.

وقد فصلنا الكلام في المناقشة في دلالة الآية على صحة العقود في أوائل الخيارات، فراجع هناك.

٢٨ - ٢٧/١٨٦ قوله: وقد أكد الشرطية... إلى قوله ﷺ: حيث حكم.

هل القدرة
شرط أو العجز
مانع؟ ٤: ١٨٦

أقول: يعني حيث عبّر بالانتفاء عند الانتفاء الذي هو مفاد الشرط لا بالانتفاء عند الوجود الذي هو قضية المانعية.

٢٨/١٨٦ قوله: فينتفي المشروط.

أقول: في العبارة شيء كما لا يخفى.

قوله: فقد استظهر بعض من هذه العبارة.

استظهر
صاحب
الجواهر أن
العجز مانع
٤: ١٨٦

أقول: يعني به صاحب الجواهر، ومن «العبارة»: عبارة الغنية، وهو استظهره من سائر العبارات أيضاً، وشبه إرادة مانعية العجز من شرطية القدرة في المقام على إرادتها منها في التكليف، فظاهره أنه في باب التكليف لا إشكال في أن العجز مانع لا أن القدرة شرط، وهو كذلك، وإلا لما وجب الإقدام على العمل عند الشك في القدرة، وهو فاسد جداً، فلا محيص عن القول بأن العجز مانع.

٣٠ - ٢٩ قوله: وجعله دليلاً على أن القدر المتفق عليه ما إذا تحقق.

أقول: يعني جعله دليلاً على أن القدر الذي اتفق العلماء على بطلان البيع فيه هو ما إذا علم العجز عن التسليم فيه، ولا يعم صورة الشك فيه.

ثم إن الوجه في ذلك أن الاختلاف في الصحة والبطلان في مسألة العبد الضالّ والدابة الضالّة على وجوه خمسة، أكثرها أقوال ذكرها في الجواهر في المقام، وهو لا يجتمع مع الاتفاق على البطلان في المقام مع اشتراكهما في اعتبار القدرة على التسليم أو اعتبار عدم العجز عنه إلا بحمل الاتفاق في المقام على صورة العلم بالعجز، وحمل الخلاف في تلك المسألة على صورة الشكّ في العجز مع جعل العجز في المقامين مانعاً عن الصحة عندهم، لا القدرة شرطاً لها؛ إذ لو حملناها معاً على صورة العلم فعدم الاجتماع واضح من دون فرق بين شرطية القدرة ومانعية العجز، وكذا لو حملنا المقام على صورة العلم، ومسألة الضالّ والضالّة على صورة الشكّ مع القول بشرطية القدرة في المقامين؛ لأنّ الشكّ في الشرط يوجب الشكّ في المشروط فيرجع إلى أصالة الفساد؛ لعدم أصل يحرز به وجود الشرط؛ إذ الفرض ما لم يكن للقدرة حالة سابقة.

وهذا بخلافه على القول بمانعية العجز؛ لا مكان الخلاف حينئذ في صورة الشكّ مع عدم الحالة السابقة للعجز وجوداً وعدماً كما هو الفرض؛ لأجل الخلاف في تامة قاعدة مقتضي المانع، أي أصالة عدم المانع عند الشكّ في وجوده مع وجود المقتضي وعدمها.

فمن قال بالأوّل - كما يظهر من صاحب الجواهر رحمته في غير موضع من كتاب الشهادات على ما بيالي ويظهر من المصنف رحمته في خلال الأدلة العقلية التي ذكرها على حجية الظنّ المطلق، وفي مسألة انفعال الماء القليل من كتاب الطهارة وأصرّ عليه بعض المحققين وطبّق عليه أخبار الاستصحاب - فهو يقول بالصحة، ومن يقول بالثاني فيقول بالفساد.

والحقّ هو الثاني لعدم الدليل على الأوّل لما بيّناه في مبحث الاستصحاب من الأصول.

المناقشة فيما
استظهره
صاحب
الجواهر ٤: ١٨٦

قوله: بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء.

أقول: لا بالانتفاء عند الوجود، وقد عرفت التفاوت بين التعبيرين.

٣١/١٨٦ - قوله: إن العجز أمر عديمي.

أقول: فيه نظر، وإلا فكيف يصير مانعاً عن فعلية التكليف؛ إذ تقدّم عدم

إمكان الالتزام بشرطية القدرة فيها.

٣١/١٨٦ قوله صنفاً أو نوعاً أو جنساً.

عدم معقولية
كون العجز
مانعاً وعدم
الثمرة فيه
١٨٦: ٤ - ١٨٧

أقول: أو للتنوع لا الترديد، يعني: عدم القدرة من شخص شأن صنفه أو

نوعه أو جنسه القدرة. الأوّل كالعائد البائع بالمباشرة، والثاني كالعائد
المعاوض ماله كذلك، فيعمّ الصلح، والثالث كمطلق العائد، فيعمّ الوكيل أيضاً.

٣٢/١٨٦ قوله: ثم لو سلّم صحة إطلاق المانع عليه.

أقول: نظراً إلى أنّ عدم الذي لا يصح إطلاقه عليه هو عدم المطلق لا

المضاف كما في المقام.

قوله: لا في صورة الشك الموضوعي.

أقول: الشك في تحقق موضوع العاجز غير القادر الخارج عن أدلة

الصحة تارة يكون بطور الشبهة المصادقية، بمعنى: أنّ ما وجد في الخارج من
الوصف هل هو مصداق لمفهوم القدرة المبيّن مفهومها، وأنّه عبارة عن عدم
التعذر مثلاً أو الأعمّ منه ومن عدم التعسر، كما إذا كان العبد في مكان لا يعلم
أنّه يتعذر أو يتعسر عليه الوصول إليه.

وأخرى بطور الشبهة المفهومية بأن يعلم أنّ ما وجد في الخارج، ككون

العبد الآبق في مكان يتعسر الوصول إليه ولا يتعذر، هل يصدق عليها القدرة أم
لا؟ للشك في أنّ مفهوم القدرة هو الأعمّ من عدم التعذر والتعسر فالثاني، أو
خصوص عدم التعذر فالأوّل.

والمراد من الشك الموضوعي هو القسم الأوّل، ومن قوله: «ولا غيرهما»

هو القسم الثاني، وأمّا الشكّ الحكمي فالمراد منه ما علم حال الموضوع كالعجز الغير المستمرّ مثلاً وشكّ في حكمه من جهة الشك في أنّ الخارج عن أدلّة الصحة وهو العاجز، هل قيد بالاستمرار كي لا يخرج، أم لا كي يخرج؟

ومن هنا علم أنّ قوله ﷺ: «فإنّا إذا شككنا في تحقّق القدرة والعجز» مثال للشكّ في الموضوع، أي القسم الأوّل من قسمي الشكّ في تحقّق موضوع الخارج عن الأدلّة؛ وقوله: «وإذا شككنا في أنّ الخارج» مثال للشكّ الحكمي، وقوله: «أو شككنا في أنّ المراد» مثال للقسم الثاني من الشكّ في تحقّق الموضوع، أعني: ما كان الشكّ ناشئاً من عدم الإحاطة بالمفهوم.

قوله: أو لا معه. ٣٣/١٨٦

أقول: يعني أو لا مع سبق القدرة، وتحت صورتان:

إحدهما: سبق عدم القدرة، والحكم فيها البطلان من دون فرق بين شرطية القدرة ومانعية العجز؛ لاستصحاب عدم القدرة على الأوّل والعجز على الثاني، ولو قلنا بأنّه أمر وجودي؛ ضرورة كونه لازماً لعدم القدرة المفروض سبقه على الشكّ.

والأخرى: صورة عدم العلم بسبق القدرة وعدمها، وبتقدّم أحدهما معيّناً على الآخر مع العلم بطور كليهما، والحكم فيها البطلان أيضاً، لكن لأصالة الفساد بعد عدم جواز التمسك بأدلة الصحة؛ لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، لا لأصالة عدم القدرة لعدم العلم بالحالة السابقة.

هذا بناء على كون العجز أمراً عديمياً، وأمّا بناء على كونه أمراً وجودياً فيتفاوت الحال بين شرطية القدرة فيبطل؛ لأصالة الفساد كما عرفت، ومانعية العجز، فيبنى الصحة والبطلان على المقتضي والمانع فيصحّ، وعدمها فيبطل، ولعلّ إلى هذه الصورة ينظر في مورد ظهور الثمرة.

قوله: فليس لشكّ المالك.

أقول: يعني ليس اختلافهم لأجل كون المالك شاكاً في قدرته على التسليم، وعجزه حال كون ذلك الاختلاف مبنياً على شرطية القدرة أو مانعية العجز.

وحاصل المراد: أن اختلافهم وعدم اتفاقهم على البطلان ليس لأجل أن موضوع المسألة فيها صورة شك المالك في القدرة والعجز مع البناء على مانعية العجز، لا شرطية القدرة كما توهمه صاحب الجواهر^(١)؛ حيث حمل خلافهم فيها على هذه الصورة وجعله مبنياً على مانعية العجز.

وكيف كان، فالصواب هو الاقتصار على ذكر مانعية العجز وترك ذكر احتمال شرطية القدرة؛ حيث إن صاحب الاختلاف مبنياً على كون العجز مانعاً فقط.

ثم إن قوله: «مبنياً» حال من ضمير «ليس» الرّاجع إلى الاختلاف.
قوله: كما يظهر من أدلتهم على الصحة. ٢ - ١/١٨٧

أقول: هذا راجع إلى النفي لا المنفي، ومراده من أدلة الفساد: حديث نفي الغرر والإجماع على اعتبار القدرة على التسليم. ومراده من أدلة الصحة: هو المناقشة في الإجماع بتردد مدعيه - كالعلامة في التذكرة - في صحة بيع الضالّ منفرداً، وفي الحديث بمنع الغرر مع كون المبيع قبل القبض في ضمان البائع... إلى آخر ما ذكره المصنّف عند التعرّض لحكم المسألة بقوله: «وأما الضالّ... إلى آخره».

قوله: وفيما لا يعتبر فيه التسليم رأساً كما إذا اشترى. ٤/١٨٧

ما ينفّر
عليه
١٨٨: ٤

أقول: لعدم الاستحقاق على التسليم؛ لأنّه موقوف على الملك وقت التسليم وهو ما بعد زمان العقد، والمفروض زواله بمجرد تمام العقد بالانعتاق. قال المحقّق الأستاذ الخراساني في تعليقه: ويشكل ذلك بأنّ انعتاق المبيع على المشتري الموجب لعدم استحقاق التسليم من أحكام البيع، فلا يترتب

عليه إلا إذا كان واجداً لشرائط الصحة، ومنها القدرة على التسليم، فكيف يسقط شرط الصحة بالحكم المترتب على الصحيح؟

قوله: لكن يشكل على الكشف حيث إنه لازم على الأصيل. ٦-٥/١٨٧
أقول: لزومه عليه على الكشف على تقدير تسليمه - كما تقدم من المصنّف - إنما هو بمعنى صرف وجوب الوفاء وحرمة نقيضه والتصرّف الذي يصدق عليه النقص وترك الوفاء، لا بمعنى تحقّق النقل والانتقال، فلا ينتقل إليه شيء قبل الإجازة حتّى يلزم الفور فيما إذا كان ممّا لا يقدر على تحصيله حين العقد.

قوله: ومثله بيع الرّاهن قبل إجازة. ٧-٦/١٨٧
أقول: يعني مثل الفضولي بيع الرّاهن الرّهن، فإن كان المشتري منه أصيلاً فهو قبل إجازة المرتهن أو فكّ الرّهن مثل الفضولي من طرف واحد، وإن كان فضولياً فهو قبلهما مثل الفضولي من الطرفين.
قوله: وكذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم.
أقول: الأولى أن يقول: وكذا لا يعتبر القدرة على تسليم ثمن السلم حين العقد.

قوله: ولو تعذّر التسليم بعد العقد. ٨-٧/١٨٧
أقول: يعني لو تعذّر التسليم المعتبر في صحّة العقد بعد العقد، كالقبض في الصرف والسلم، رجع إلى تعذّر شرط الصحة فيبطل، ومن المعلوم أن تعذّر شرط الصحة المتأخّر عن العقد حال صدوره كالقبض في السلم والإجازة في الفضولي على النقل غير قادح في صحّة العقد، بل لا يقدح في الصحة العلم بتعذّره فيما بعد العقد أيضاً، مضافاً إلى تعذّره حال العقد فيما إذا أخطأ العلم عن الرّافع واتفق حصول ذلك الشرط بعد العقد وقبل طرّو ما يوجب بطلانه كإنقضاء المجلس في الصرف والسلم وردّ العقد قبل الإجازة؛ فإنّ الشروط

المتأخرة عن العقد المعتبرة في صحته لا يجب إحرازها حال العقد ولا العلم بوجودها فيما بعد العقد.

٢٠/١٨٧ قوله: ولا يرجع على البائع لعدم القدرة.

أقول: يعني لا خيار أي خيار جواز الفسخ والرجوع على البائع من جهة عدم القدرة وتعذر التسليم إذا كان البيع على ذلك، أي مع الرضا بالابتياح مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم، وإنما له الرجوع عليه لأجل التلف قبل القبض لو تلف.

٢٢/١٨٧ قوله: أو كونه بحيث لا يتمكن منه عرفاً.

أقول: هو بصيغة المجهول يعني: ليس من شأنه عرفاً أن يقبض.

٢٤/١٨٧ قوله: وفيه ما فيه.

أقول: لأنّ المعنى الشائع للغرر هو الخطر والإقدام على ما لا يؤمن من الهلاك ما لا كان أو غيره، هذا وقد مرّ التأمل في ظهوره في هذا المعنى، فتأمل.

٣٠/١٨٧ قوله: لظاهر الإجماعات المحكيّة.

أقول: يعني على اشتراط القدرة، ولا قدرة هنا.

٣٢/١٨٧ قوله: مع جهله بفوات.

أقول: كان اشترى بزعم قدرة البائع على تسليمه، ثمّ تبين عجزه عنه مدّة

معينة عادة.

٣٣/١٨٧ قوله: إشكال من حكمهم.

أقول: ومن انضباط المدّة عادة على وجه يمكن معه دعوى منع الغرر، وهذا هو الأوجه.

٣٤/١٨٧ قوله: ثمّ إن الشرط هي القدرة الواقعيّة.

أقول: إن أراد ما هو الظاهر من هذه العبارة - وهو اعتبار القدرة الواقعيّة والعلم بها واقعاً بحيث لو انفرد أحدهما عن الآخر لم يتحقّق للمتبايعين

الخلاف في
المسألة من
الفاضل
القطيفي ٤: ١٩٠

المناقشة فيما
أفاده الفاضل
القطيفي ٤: ١٩٠

لو لم يقدر على
التحصيل إلّا
بعد مدّة مقدّرة
عادة ٤: ١٩٢

لو كانت مدّة
التعذر غير
مضبوطة عادة
٤: ١٩٣

الشرط هي
القدرة
المعلومة
للمتبايعين
٤: ١٩٣

الشرط - فيتّجه عليه:

أولاً: إنّه لا دليل على اعتبار ذلك، أمّا الاجماع فلاّن متعلّقه اعتبار القدرة الواقعيّة فقط ولو تجرّدت عن العلم بها، وأمّا النبويّ فلاّن مفاده اعتبار القطع والوثوق بها ولو أخطأ عن الواقع.

ودعوى استفادة اعتبار الأوّل من الأوّل والثاني من الثاني، يردّها الاستدلال على اعتبار القدرة بالنبويّ.

وثانياً: إنّه لا يلائم ما فرّعه عليه من صحّة البيع في صورة الخطأ واعتقاد التمكن مع تجدّدّها؛ حيث إنّ قضيّة اعتبار اجتماع الأمرين هو البطلان مع التجدّد أيضاً؛ لانتفاء شرط الصحّة بانتفاء أحد جزئيه.

وإن أراد منه اعتبار العلم بالقدرة ولو أخطأ عن الواقع، كما هو قضيّة التعليل بالغرر؛ لأنّه دائر مدار العلم وجوداً وعدماً من دون دخالة الإجابة، فيتّجه عليه أنّه وإن كان يساعد عليه النبويّ وعليه يحمل معقد الإجماع ويقال: إنّ المراد من القدرة على التسليم في معقده هو القدرة عليه علماً، أي العلم بها؛ لأنّ الظاهر أنّ مدرك المجمعين كلّاً أو جلاً هو النبوي، فتأمل، إلّا أنّ مقتضاه الصحّة في الفرع المزبور بكلا شقيّه، أعني منهما: تجدّد القدرة بعد العجز وعدمه لتحقيق الشرط فيهما وهو القطع، فلا وجه للحكم بالبطلان في الشقّ الثاني.

٣٥/١٨٧

قوله: والمعتبر هو الوثوق.

المعتبر هو
الوثوق ٤: ١٩٣

أقول: لاندفاع الغرر بتلك المرتبة لا بأدنى منها؛ فلذا لا يكفي الظنّ المطلق لعدم اندفاعه به، ولا يعتبر اليقين لاندفاعه بالأدنى منه.

٢/١٨٨

قوله: الظاهر نعم مع علم المشتري بذلك.

هل العبرة
بقدره الموكل
أو الوكيل؟
٤: ١٩٣

أقول: وجه التقييد بعلمه بقدرة الموكل ما تقدّم في العنوان من أنّ الشرط هو القدرة المعلومة لا الواقعية.

٣- ٢/١٨٨

قوله: إذا علم بعجز العاقد.

أقول: هذا شرط لا اعتبار علم المشتري بقدرة الموكل في الاكتفاء بها، والوجه في اشتراطه به: أنه لو اعتقد قدرة العاقد وفي الواقع عاجز لا يشترط علم المشتري بقدرة الموكل في كفايتها بل يكفي وجودها الواقعي؛ وذلك لأن اعتبار علمه بها إنما كان لأجل دفع الغرر، وهو حاصل باعتقاده قدرة العاقد، والقدرة الواقعية المعتبرة أيضاً كما هو قضية ظاهر العنوان يكفي فيها قدرة الموكل ولا يعتبر قدرة خصوص العاقد؛ إذ المدار على القدرة على التسليم، والقدرة على التسليم مقدّمة صرفة، وهي موجودة مع قدرة الموكل.

قوله: وربما قيّد الحكم. ٣/١٨٨

أقول: يعني ربّما قيّد الحكم بكفاية قدرة الموكل، مضافاً إلى تقييده بعلم المشتري بما إذا رضى المشتري... إلى آخره. والمقيّد العلامة الطباطبائي في مصابيح على ما حكى، وقيل: إنه صاحب الجواهر رحمته، فلا بدّ من المراجعة.

قوله: لأنّ التسليم. ٤/١٨٨

أقول: يعني أنّ التسليم المعتبر الصحيح المترتب عليه الأثر، وهو التسليم برضا المالك، لا يمكن تحقّقه من العاقد قبل الإجازة؛ لأنّه قبلها لا بدّ وأن يكون بدون إذن المالك، وإلاّ يكون إجازة، وهذا النحو من التسليم لا يترتب عليه الأثر.

قوله: وهو غير متحقّق في الفضولي. ٥/١٨٨

أقول: يعني الشرط الذي ذكره بقوله: «إذا رضى المشتري بتسليم الموكل، ورضى المالك برجوع المشتري عليه» غير متحقّق في الفضولي أمّا مع الجهل بالفضولية فواضح، وأمّا مع العلم بها فلاّن رضا المالك برجوع المشتري عليه في التسليم يلزم الرضا بالبيع، وهو يخرج عن الفضولية وهو خلف.

قوله: والحاصل أنّ القدرة قبل الإجازة لم توجد. ٦/١٨٨

كلام صاحب
الجواهر في
المسألة وما
فرعه على ذلك
١٩٤ : ٤

أقول: يعني القدرة على التسليم المعتبر المترتب عليه الأثر قبل الإجازة لم توجد أمّا من العاقد فلعدم إذن المالك فيه، وأمّا من المالك فلانتفاء شرط كفايتها وهو رضا المالك والمشتري به.

وبعد الإجازة إن وجدت بأن استأذن من المالك في التسليم، لم تنفع في صحّة العقد؛ لا اعتبار القدرة عليه حين العقد لا بعده.

قوله: ولو سلّمنا بقاءه على الضفة. ٩-٨/١٨٨

أقول: لو سلّمنا بقاء العقد على صفة الفضوليّة فمعلوم أنّ القائلين بصحّة الفضولي لا يخصّصون الحكم بصحّته على فرض حصول الوثوق برضا المالك. والفرق بين هذا وما قبله: أنّه على الأوّل يكون الحكم بالبطلان من جهة عدم القدرة على التسليم يعمّ جميع أفراد الفضولي، وعلى هذا يختصّ بما عدا صورة الوثوق بالإرضاء.

قوله: وفيما ذكره... إلى قوله: تأمل ونظر، فتدبّر. ١٠-٩/١٨٨

أقول: وجه التأمل والنظر: أمّا في المبنى أعني عدم كفايه قدرة المالك الموكّل على التسليم واعتبار رضا المشتري بتسليمه في كفايتها فهو ما تقدّم في وجه تضعيف الاستدلال على بطلان الفضولي بعدم القدرة على التسليم من أنّ المدار قدرة المالك مطلقاً ولو مجرّدة عن التراضي؛ لعدم الدليل على هذا التقييد مع وجود العمومات وارتفاع الغرر المانع عن الرجوع إليها بقدرة المالك كذلك. وأمّا في التفريع عليه فلأنّ اعتبار القدرة في العاقد الوكيل في المعاملة مع لوازمها لا يلزم اعتبارها في العاقد الذي هو أجنبيّ عنها بالمرّة وهو الفضولي.

وأمّا في الاعتراض فهو ما تقدّم في وجه التأمل في المبنى من أنّ المدار على قدرة المالك لا العاقد.

وبالجملة: الاعتراض مبنيّ على تسليم المبنى، واذ لا تسليم

النظر فيما
أفاده صاحب
الجواهر ٤: ١٩٤

فلا اعتراض.

وأما الجواب الذي ذكره بقوله: «لأنّ هذا الفرض يخرج عن الفضولي» فهو أنّ مصاحبة الإذن للمعاملة بالتحو الذي ذكره لا يخرجها عن الفضولية على ما مرّ الكلام فيه في أوّل الفضولي.

وأما في الجواب الثاني الذي ذكره بقوله: «ولو سلّمنا» فهو أنّه موقوف على ما ذكره من المبنى، وقد عرفت النظر فيه.

هذا كلّه مضافاً إلى أنّنا لو سلّمنا اعتبار القدرة على التسليم في العاقد فهو إنّما يقتضي بطلان الفضولي لو كان على طبق القاعدة، وأمّا لو كان لأجل الدليل الخاصّ على خلاف القاعدة فلا وجه للتفريع والاعتراض والجواب، كما لا يخفى.

[عدم جواز بيع الآبق منفرداً]

قوله: في حكاية عبارة الإسكافي: أو يضمّنه البائع. ١٢/١٨٨

المشهور عدم
جواز بيع الآبق
منفرداً؛ ١٩٥

أقول: الظاهر أنّ المراد من الضمان ضمان نفس العبد لو تلف أو حصل اليأس من تسليمه، كما فهمه بعض الأساطين على ما حكى عنه، لا ضمان ثمنه المسمّى.

أمّا الأوّل: فلاّنه لا يكون إلّا مع قدرة الضامن على التسليم، ومع ذلك يكون الاستثناء منقطعاً، وهو خلاف الظاهر.

وأما الثاني: فلاّنه الظاهر من قوله: «يضمّنه» ضمان نفسه لا ضمان ثمنه، ولعلّ نظره في وجه الجواز مع هذا الضمان اندفاع الغرر بذلك، فلا يشملّه النبوي المانع عن التمسك بأدلة الصحة.

وفيه بعد تسليم اندفاع الغرر به: أنّ دليل عدم الصحة لا ينحصر بذلك؛ إذ يكفي فيه ما يأتي في المسألة الآتية من الروايات الدالة على اعتبار الضميمة في بيع الآبق، إلّا أن يناقش في إطلاقها لصوره اشتراط ضمان البائع للعبد

بالمعنى المذكور.

١٤/١٨٨

قوله: وسيأتي ما فيه.

أقول: يعني بالموصول ما يذكره بقوله: «لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفي في حديث نفي الغرر هو ما كان غرراً مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع» انتهى؛ حيث إن البيع المزبور غرراً في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع بضمان البائع للمبيع.

وفيه: أنه يرد عليه لو كان مراده من «الضمان» هو ضمان التلف قبل القبض المستفاد من قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «كُلُّ مَبِيعٍ تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ فَهُوَ مِنْ مَالِ بَائِعِهِ» الذي مرجعه إلى ضمان الثمن؛ لأجل الانفساخ؛ لأنه من الأحكام الشرعية للبيع، وقد مرّ منع ذلك وأن مراده ضمان نفس العبد بقيمته الواقعية بالاشتراط في ضمن العقد، وهو من مجعولات المتبايعين لا الشارع، فيكون هذا النحو من البيع من أفراد البيع عرفاً ولا غرر في مثل ذلك عرفاً، فينحصر ردّه بالنصوص في المسألة الآتية لو تمّ إطلاقها للمقام كما أشرنا إليه والإجماعات المحكية لو لم يكن مدرکہا النبوي أو تلك النصوص وإلا فالحقّ معه.

١٤/١٨٨

قوله: لولا النصّ الآتي.

أقول: يعني في المسألة الآتية.

١٧/١٨٨

قوله: دون نفي الغرر.

أقول: حتى يشكل عليه بعدم جواز الفرق بين جعله مثمناً وجعله ثمناً بالجزم بالبطان في الأوّل دون الثاني؛ فإن الانتفاع بالعتق إن كان مانعاً عن تحقّق الغرر ففي كليهما، وإلا فكذلك.

قوله: ويؤيده.

أقول: يعني استناده في منع جعله ثمناً إلى النصّ والإجماع... إلى آخره.

١٨/١٨٨

قوله: ونظير ذلك.

إمكان القول
بالصحة لولا
النص والإجماع
١٩٦ : ٤

تردّد الشهيد
في جعله ثمناً
مع جزمه بمنع
جعله مثمناً
١٩٧-١٩٦ : ٤

أقول: يعني نظير ما في اللعة من الفرق بين بيع الآبق وبيع الضال ما في التذكرة من حيث الظاهر وبدون التأويل؛ حيث إنه في بيع الآبق حكم بالبطلان على طبق المشهور، وفي بيع الضال - المراد منه العبد الضال - تردّد واحتمل فيه احتمالين:

أحدهما: الجواز منفرداً، ومنشؤه عدم إلحاقه بالآبق مع منع صدق الغرر مع الانتفاع به في العتق.

والآخر: الجواز مع اشتراط الضميمة، ولازمه عدم الجواز منفرداً، ومنشؤه إمّا صدق الغرر بدون الشرط، وإمّا الإلحاق بالآبق.

ولأجل التفاوت بين العلامة بَيِّنَةٌ والشهيد لِللَّهِ في حكم الضال - بتردد الأول فيه وجزم الثاني بالجواز، مع اشتراكهما ^(١) في أصل الفرق بينه وبين بيع الآبق - عبر بالنظير.

٢٠/١٨٨ قوله: فإنّ التنافي.

أقول: ليس في العبارة ما يكون معلولاً له، فتأمل فيه.
والمراد من الفقرة الأولى: دعوى الإجماع على اعتبار القدرة على التسليم، ومن الفقرة الثانية: وقوع النزاع بين المشهور وبين بعض الأصحاب في صحّة بيع الآبق منفرداً عدم صحّته؛ ومن الفقرة الثالثة: تردّده في جواز بيع الضالّ منفرداً وعدم جزمه بالفساد.

وأما ظهور التنافي بينها فغير محتاج إلى البيان.

٢٠/١٨٨ قوله: والتوجيه يحتاج إلى تأمل.

أقول: يمكن رفع التنافي بين الفقرة الأولى والثانية بأنّ مورد الإجماع في الأولى هو الكبرى، وهي اعتبار القدرة على التسليم في مورد لولاها يلزم الغرر والنزاع بين المشهور وبين بعض الأصحاب، على تقدير أن يكون المراد منه

(١) في الأصل: اشتراكها.

الاسكافي في عبارته المتقدّمة في صورة ضمان البائع إنّما هو في الصغرى، أي في أنّ عدم القدرة على التسليم مع فرض ضمان البائع يلزم منه الغرر فيبطل كما هو المشهور، كما ذهب إليه الاسكافي، ولا تنافي بين الإجماع على الكبرى والنزاع في الصغرى.

وأما رفع التنافي بين الأخيرة وبين ما عداها فلم يظهر لي وجهه، فتأمّل فيه.

٢١/١٨٨

قوله: بل قولان.

أقول: أقواهما عدم اللاحاق؛ للاطلاقات مع عدم ما يقيدّها إلّا ما أرسل في كلماتهم من أنّ النبي ﷺ نهى عن الغرر، وهو بعد غمض العين عن سنده لا يصلح؛ ذلك لما عرفت سابقاً من كون المراد منه من جهة تعلّق النهي به هو الخديعة، وهو أعم من القدرة على التسليم من وجه، ولا يصحّ الاستدلال بأحد العامين من وجه على الآخر.

نعم، يصحّ الاستدلال به على الفساد في صورة الخديعة لو أُجبر سنده، لكنّه فرض صرف.

قوله: وقد رجّح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما إذا لم يبتن

٢٣/١٨٨

على المسامحة.

أقول: لا وجه للتفصيل؛ إذ لو كان حديث النهي عن الغرر تامّاً سنداً ودلالة فمن المعلوم أنّ مجرد البناء على المسامحة لا يوجب الجواز، وإلّا فلا وجه لترجيح الاشتراط في صورة عدم البناء على المسامحة إلّا أن يقال بأنّ نظره في الصلح المبنيّ على المسامحة إلى ما ليس المقصود منه إلّا فعل المصالح عنه مجاناً وبلا عوض؛ إلّا أنّ الفرض قد يتعلّق بالنقل بطور اللزوم، فيجعل العوض فيه تحصيلاً للزوم، فهو في الحقيقة هبة بصورة المعاوضة لغرض خاصّ، فيكون مثل الهبة، فلا يضرّ فيه الغرر فتأمّل.

هل يلحق
بالبيع الصلح
عمّا يتعذر
تسليمه ؟
١٩٧:٤-١٩٨

٣٥/١٨٨ قوله ﷺ: على مطالبة الثمن فافهم. عدم ارتفاع

أقول: إشارة إلى بطلان ما ذكره بأنه دوري؛ نظراً إلى أن عدم الغرر عرفاً موقوف على حكم الشارع بالضمان قبل التسليم وعدم التسلط على مطالبة الثمن، وهو موقوف على صحة البيع؛ لتوقف الحكم على وجود موضوعه، وهي موقوفة على عدم كونه غرراً عرفاً؛ ولذا أمر بالتأمل في السابق قبل قوله: ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي.

٣/١٨٩ قوله: باشتراط الضمان فتأمل. إمكان جواز

أقول: إشارة إلى أن هذا الإيراد في غير محله؛ لأن البيع مع هذا الاشتراط من أفراد البيع العرفي وليس فيه غرر عرفاً حتى يتعلّق به النّهي، وليس حال الاشتراط كالأحكام الشرعية الطارئة على البيع العرفي حتى يقال بأنه مثلها لا يدفع الغرر.

[جواز بيع الآبق مع الضميمة]

٣/١٨٩ قوله: في الجملة. جواز بيع

أقول: يعني ولو في صورة رجاء الوجدان والتسليم. الآبق مع

٥/١٨٩ قوله: وفيه إشكال. الضميمة

أقول: بل منع؛ لأن الغرر الحسولي بالقياس إلى الآبق لا يرتفع بالضميمة قطعاً، نعم لو كان المانع هو العجز عن التسليم، وكان غرر الحصول بالنسبة إلى تمام المبيع من حيث هو لارتفع بالقدرة على تسليم بعضه، لكنه كما ترى، فتدبر.

٩/١٨٩ قوله: وظاهر السؤال في الأولى. اختصاص

أقول: أمّا ظهور السؤال في الأولى في صورة الرجاء فلاشتماله على قوله: «فاطلبه»؛ حيث إنه لا معنى للطلب مع اليأس.

وأما ظهور الجواب في الثانية فيه فلاشتماله على قوله: «فإن لم يقدر

الجواز
بصورة رجاء
الوجدان ٤: ٢٠٢

على العبد؛ حيث إنَّ عدم القدرة حاصل مع اليأس، فلا معنى لفرضه كما هو قضية حرف الشرط.

قوله: لأنَّ بذل جزء من الثمن.

أقول: ضمير «جعله» راجع إلى الجزء، وضمير «يباع» راجع إلى المأيوس، وضمير «به» راجع إلى الثمن، يعني جاز جعل جزء الثمن ثمناً واحداً، فيباع ذاك المأيوس عن الظفر به كالآبق بذاك الثمن الواحد.

وفي بعض النسخ فوق هذه العبارة إلى قوله: «جزء مبيع» علامة النسخة والبدل عن قوله: «للتَّهي عن الغرر السليم عن المخصَّص»، والظاهر أنَّها غلط، وفي بعض النسخ المصحَّحة من القارئ أنَّ المصنَّف رحمته ضرب عليها الخطَّ بقلمه الشريف.

وجه الغلطية أنَّ مقتضى ما ذكره من الملازمة بين جواز جعل الشيء جزء المبيع، وبين جواز جعله تمام المبيع: جواز بيع الآبق منفرداً عن الضميمة مع رجاء الوجدان، مع أنَّه باطل إجماعاً ونصاً، بل قد مرَّ أنَّ مدلول النبويَّ منحصر بهذه الصورة، ولا يصدق مع اليأس، فيعلم من ذلك بطلان الملازمة المذكورة.

هذا، مضافاً إلى ما مرَّ سابقاً من منع السَّفهية والأكل بالباطل في مثل الآبق المأيوس عن تسليمه فيما إذا كان صرف المال بإزائه لأجل عتقه في الكفَّارة أو غيره، فلولا فحوى حديث التَّهي عن الغرر كان مقتضى القاعدة الصحة؛ إذ لا دليل يدلُّ على كون المأيوس عنه بمنزلة التالف في عدم جواز المعاوضة عليه لا شرعاً ولا عرفاً.

قوله: وأيضاً الظاهر اعتبار كون الضميمة ممَّا يصحَّ بيعها.

أقول: يعني الظاهر اعتبار كونها عيناً قبال المنفعة. منشأ الظهور هو التعبير بالاشتراء بالنسبة إلى الضميمة أيضاً في الصحيحة والموثَّقة، ويعتبر في

اعتبار كون
الضميمة ممَّا
يصحَّ بيعها
٢٠٣ : ٤

متعلق الشراء أن يكون عيناً.

قوله: وأما صحة بيعها منفردة فلا يظهر من الرواية. ١٢

أقول: يعني الصحة من جهة القدرة على التسليم، يعني أما القدرة على تسليم الضميمة المعتبرة في صحة بيعها منفردة فلم يظهر اعتباره من الرواية. وكيف كان، فالظاهر بل المتيقن زيادة هذه العبارة؛ لأن قوله: «فإن لم يقدر على العبد كان المال الذي نقده فيما اشترى معه» صريح في لزوم كونها ممّا يصل إلى المشتري حتى عند عدم القدرة على العبد يكون المال بإزائه. ثم على تقدير الصحة كان المناسب ذكرها بعد قوله: «فتأمل»، وهو إشارة إلى المناقشة في فهم المناط والعلية من قوله: «فإذا لم يقدر» على نحو يوجب رفع اليد عن ظهور الشراء في كونها من الأعيان قبال المنافع.

١٤/١٨٩-١٥ قوله: وإن اقتضى قاعدة التلف قبل القبض.

لو بقي الآبق
على إبقائه
وصار في
حكم التالف
٢٠٤-٢٠٣:٤

أقول: نعم، ولكن لو دلّ الآبق في حكم التالف فيكون حينئذٍ عدم الرجوع إلى البائع في الفرض المذكور المراد منه حصول اليأس كما هو قضية قوله فيما بعد: «بل معناها أنه لا يرجع بتعذر الآبق» خارجاً عن القاعدة لأجل الموثقة، وقد مرّ عدم قيام الدليل على هذا التنزيل شرعاً، والمفروض إمكان الانتفاع به في العتق، ومعه يكون عدم الرجوع إلى البائع بما يقابله من الثمن على طبق القاعدة الأولى الثابتة لولا قاعدة التلف قبل القبض؛ لعدم التلف هنا لا حقيقة ولا حكماً.

١٧/١٨٩ قوله: بما يقابله التالف.

أقول: هذا متعلق بالرجوع وبما يقابله من الثمن متعلق بـ«لا يرجع».

لو تلف الآبق
قبل اليأس
٢٠٤:٤

١٨-١٧/١٨٩ قوله: لو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري اشكال.

أقول: ناش من أن المراد من عدم القدرة على الآبق في الموثقة الدالة على ذهابه من المشتري بمعنى عدم رجوعه على البائع فيما قابله من الثمن،

هو السالبة بانتفاء المحمول مع وجود الموضوع، فيكون تلفه على البائع دون المشتري؛ لقاعدة التلف قبل القبض السليمة عن المخصّص؛ لاختصاصه بصورة وجود المبيع مع عدم القدرة عليه، أو المراد منه الأعمّ منها ومن السالبة بانتفاء الموضوع فيكون تلفه على المشتري للموثّقة المخصّصة للقاعدة حينئذٍ، والاحتمال الثاني أقوى؛ للقطع بأنّ المناط صرف عدم الوصول وهو في التلف أقوى.

ثمّ إنّ لا وجه لتقييد التلف بكونه قبل اليأس؛ إذ لا فرق فيما ذكره من الإشكال في حكم التلف بين كونه قبله أو بعده؛ حيث إنّ عدم الرجوع إلى البائع بما قابل العبد في حال اليأس سواء كان لأجل القاعدة الأولى وهو كون التلف من المالك، وإنّما خرج عنها صورة التلف قبل القبض المنتفي حقيقة، وهو واضح، وكذا تنزيلاً لعدم الدليل عليه؛ أو كان لأجل الموثّقة على خلاف قاعدة التلف قبل القبض، بدعوى أنّ اليأس بمنزلة التلف - كما اختاره مفتي - لا يوجب تفاوتاً في حكم التلف.

١٩/١٨٩

قوله: مع العجز عن التسليم.

أقول: لم يظهر وجه هذا القيد، فتدبر.

٢٠/١٨٩

قوله: لأنّه بمنزلة القبض.

أقول: فبتلف الضميمة قبل قبضها يرجع بما قابلها من الثمن.

قوله: وإن كان قبله.

أقول: أي قبل حصول الآبق في اليد وإتلافه.

٢٢/١٨٩

قوله: لكن ظاهر النص أنّه لا يقابل.

أقول: إن كان مراده من ذلك ظهور النصّ في كون المعاوضة على تقدير عدم الظفر به، بمعنى عدم الرجوع على البائع بحصّته من الثمن، ففيه: أنّه حقّ؛ حيث إنّ الرواية ليست بصدد بيان أن المعاوضة في صورة عدم القدرة يكون

لو تـلفـت
الضميمة قبل
القبـض
٢٠٤-٢٠٥

بين الثمن والضميمة.

وأما العبد فهو أجنبي عن المعاوضة بالمرّة، وإنّما هو بيان لحكمة ضمّ الضميمة وأنّه لا يكون في هذه الصور صفر اليد، لكنّه لا يقتضي كون تمام الثمن في مقابل الضميمة وعدم توزيعه عليها وعلى العبد في مرحلة المعاوضة، فالمعاوضة بين الثمن وبينهما معاً كما هو صريح قوله: «اشترى هذا وهذا بكذا» فالثمن يوزّع عليهما، فمقتضى قاعدة التلف قبل القبض بطلان البيع بالقياس إلى الضميمة بحصّته من الثمن، وأمّا بطلانه بالقياس إلى العبد أيضاً فلا وجه له إلّا دعوى الملازمة في اعتبار الضميمة في صحّة بيع الآبق بين الحدوث والبقاء.

وهو كما ترى لا دليل عليه فيرجع إلى الأصل المقتضي لعدم الانفساخ فيه، ومن هنا ظهر أنّ الأقوى بقاء البيع وعدم انفساخه بالنسبة إلى الآبق لو فسّخه المشتري في الضميمة لخيار يخصّ بها.

[• العلم بقدر الثمن]

٢٧/١٨٩ قوله: ويؤيّد التعليل في رواية حمّاد بن ميسر عن جعفر.

الدليل على ذلك

٢٠٧-٢٠٦:٤

أقول: وكذا في رواية حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام بدون اسناده إلى أبيه عليه السلام. وفي مرآة العقول للعلامة المجلسي رحمته الله أنّ الخبر يحتمل وجهين: أحدهما: أن يكون المراد عدم معلوميّة نسبة الدرهم إلى الدينار في وقت البيع وإن كان آيلاً إلى المعلوميّة.

وثانيهما: أن يكون المراد جهالتهما بسبب اختلاف الدراهم، أو باختلاف الدنانير وعدم معلوميّتهما عند البيع، أو عند وجوب أداء الثمن.

ولعلّ هذا أظهر يعني الوجه الثاني، ثمّ نقل عن المسالك أنّه يجب تقييد الخبر بجهالة نسبة الدرهم من الدينار، بأن جعله ممّا يتجدّد من النقل حالاً أو

مُوجَّلاً أو من الحاضر مع عدم علمها بالنسبة، فلو علمها صح. وفي رواية السكوني إشارة إلى أن العلة هي الجهالة. انتهى.

يعني بـ «الرواية» ما رواه في التهذيب بسنده عن ابن المغيرة عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام: «في الرجل يشتري السلعة بدينار غير درهم إلى أجل، قال: فاسد فلعلّ الدينار يصير بدرهم» يعني يحتمل تنزّل الدينار على نحو يساوي الدرهم، فيلزم حين بلوغ الأجل سقوط الثمن عن ذمته، ومقتضى هذه الرواية أن احتمال الترقّي والتنزّل حين الأجل الموجب للجهل بالنسبة يوجب الفساد، فتأمّل.

٣٢/١٨٩

قوله: إذ لو كان صحيحاً لم يكن معنى.

تعين التأويل
في الصحيحة
٢٠٨:٤-٢٠٩

أقول: هذا فقط هو المحتاج إلى التأويل على الصحة؛ لأنّ ما عده من المضامين التي اشتملت عليها كلّها على طبق القاعدة غير محتاج إلى التأويل. وأما كيفة التأويل فيما ذكرنا على الصحة فلم يتعرّض بها هنا اكتفاءً بنقل قول صاحب الحقائق فيما بعد؛ لأنّ انصراف الثمن إلى القيمة السوقية على الصحة كما اختاره هو عين التأويل؛ لأنّ ظاهرها من حيث الحكم بوجوب قيمة المثل هو بطلان البيع بحكمه.

قوله: أزيد من هذا التأويل.

أقول: لأنّ المحتاج إلى التأويل بناءً على الفساد فقرات من الرواية منها قوله: «باعنيها»، ومنها قوله: «لم يقبلها»، ومنها قوله: «ان كان قيمتها أكثر فعليك أن تردّ ما نقص» الظاهر في وجوب ذلك عليه.

٣٣/١٨٩

قوله: بأن يراد.

أقول: الجارّ متعلّق بأزيد باعتبار تضمّنه لمعنى التأويل.

قوله: بقيمتها العادلة في نظري.

أقول: مع كون نظره مأخوذاً فيه بنحو تمام الموضوع، وإلا فلا يكون

وجه لكون الزائد عن القيمة العادلة للبائع فيما إذا كان المبعوث إليه أكثر منها كما هو قضية قوله: «فهو له»، وعلى هذا يكون عدم قبول البائع لأجل اتّهامه رفاة بالمسامحة وعدم أعمال الدقة في نظره، وأنّه عيّن الألف مع علمه بكون قيمتها أزيد منه، وإلا فلا وجه لعدم قبوله بناء على كون نظره تمام الموضوع لا جزء؛ لأنّ الخيار سواء كان لأجل الحيوان أو لأجل الغبن لا يقتضي عدم القبول إلا بعد إعماله بالفسخ؛ إذ بدونه يكون الثمن له، فلا يجوز له الامتناع من أخذه، والحمل على إرادة الفسخ ينافيه جوابه عليه السلام؛ إذ مع الفسخ لا معنى للتقويم.

هذا مضافاً إلى منع ثبوت خيار الحيوان للبيع ومنع خيار الغبن فيما إذا كان أوكل الأمر إلى نظر المشتري مطلقاً، فإنّ الإقدام على الغبن صادق عليه لو كان هناك غبن، ومعه لا خيار.

وأما عدم جوابه عليه السلام بإعمال موازين القضاء فعلة لأجل عدم الحاجة إليه مع وجود طريق إلى كشف الحال.

ومما ذكرنا من كون الوجه في عدم القبول هو الاتّهام، يظهر أنّ الرواية على القول بالصحة لا يحتاج إلى التأويل؛ إذ التنافي بين وجوب قيمة المثل وبين صحة البيع بثمن خاصّ حكم به المشتري وأدّى إليه نظره إنّما هو فيما إذا اتّفقا على عدم المسامحة في نظره، وأمّا فيما إذا اختلفا فيه فادّعى البائع مسامحته فيه وأنكر المشتري فلا تنافي بينهما؛ حيث إنّ موضوع الصحة هو البيع بحكم المشتري، أي بقيمته، أدّى إليه نظره الدقيقي الغير المسامحي وموضوع الحكم بوجوب ردّ ما نقص عن القيمة العادلة صورة التنازع والاختلاف في إعمال الدقة في النظر وعدمه، ومن المعلوم أنّ الثاني لا ينافي الأوّل، بل هو مبنيّ عليه، فتأمّل.

أقول: يعني بحسب اعتقاده فلا ينافيه التردد بقوله: «فان كان قيمتها أكثر».

قوله: إرضاء المالك. ١/١٩٠

أقول: المراد منه هنا وفي الموضع الثاني هو المالك الأول. وضمير «أراد» مثل ضمير «عليه» راجع إلى المالك الثاني المشتري المستفاد من الكلام. ووجه عدم حاجته إلى الجارية أنه لو كان له حاجة إليها لما باعها، فيسقط خياره ببذل التفاوت.

قوله: كما حكي عن ظاهر الحقائق. ٣/١٩٠

أقول: نسبة انصراف الثمن إلى القيمة السوقية إلى صاحب الحقائق مع أنه في كلام الأردبيلي رحمه الله إنما هي من جهة أن نقله عنه مع عدم الإيراد عليه ظاهر في ارتضائه له.

قوله: ويكون للمشتري الخيار. ٤/١٩٠

أقول: لعل مراده خيار الغبن في صورة ظهور الغبن. وفيه: منع الخيار لأجل الغبن في هذا النحو من البيع لصدق الإقدام عليه، كما أشرنا إليه.

تجوز ابن
الجنيد البيع
بسعر ما باع
والرد عليه
٢٠٩ : ٤

قوله: فلا يجبره الخيار.

أقول: ولو سلم فلا خيار كما عرفت.

[• العلم بقدر المثلث]

قوله: وفي خصوص الكيل. ٧/١٩٠

أقول: هذا عطف على «ذلك» المراد منه العلم بقدر المثلث، يعني والأصل في اعتبار خصوص الكيل والوزن في المكيل والموزون خصوص الأخبار المعتبرة.

الأخبار الواردة
في خصوص
الكيل والوزن
٢١٠ : ٤

١٠-٩/١٩٠ قوله: وفي رواية الفقيه: فلا يصح بيعه مجازفة.

١ - صحيحة

الحلي

٢١١-٢١٠: ٤

أقول: بناء عليه يكون دليلاً على البطلان ويكون قرينة على أن المراد من الكراهة الحرمة، ولكن في الوافي نقله عن الفقيه أيضاً بلفظ «لا يصلح»، وعليه لا يشكل دلالة على الحرمة والفساد، كما لا يخفى.

الإيراد على

الصحيحة

والجواب عنه

٢١٢-٢١١: ٤

١٠/١٩٠ قوله: والإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال أو باشتمالها.

أقول: أو لمنع الخلو، والمورد هو الأردبيلي رحمته الله في شرح الإرشاد، وحاصله: أن قوله عليه السلام: «سميت فيه كيلاً» الذي هو وصف للطعام إما ظاهر في أخبار البائع بالكيل لظهور الوصف في الاحتراز فهي في هذه الفقرة، وقوله قبل ذلك: «لا يصلح إلا بكيل» مشتملة على ما هو خلاف المشهور، أعني: عدم كفاية تصديق البائع، فإن المشهور كفايته عن الكيل والوزن؛ وإما مردد بينه وبين أن يكون كناية عن كون الطعام مكيلاً في العادة؛ لتردد الوصف بين أن يكون للاحتراز والتخصيص، وبين أن يكون للتوضيح والتبيين، فهي - مضافاً إلى اشتمالها على خلاف المشهور في الفقرة السابقة - مجتمعة في هذه الفقرة.

وحاصل جواب المصنف: أن كونه كناية عما ذكر هو الظاهر منه، ولعل نظره في وجه الظهور إلى كونه في مقام إعطاء الضابطة الكلية، ومعه ليس فيها إجمال ولا اشتمال على خلاف المشهور، ولكن فيه ما استدركه بقوله: «اللهم إلا أن يقال» من أنه موجب لحمل الوصف على التوضيح، والأصل فيه أن يكون للتخصيص، ولا مجال له إذا كان كناية عما ذكر؛ إذ ليس للطعام قسم آخر لا يكال ولا يوزن إلا الزرع، ولا يطلق عليه الطعام إلا بالمسامحة، فيكون ظاهراً في أخبار البائع، فيكون الإيراد عليه باشتمالها على خلاف المشهور وجهاً، إلا أن يقال: نعم لكن فيما إذا لم يكن هناك ما يوجب رفع اليد عن هذا الأصل، لكنه موجود في المقام، وهو كونه في مقام إعطاء الضابطة الكلية؛ فإن قضية ذلك - مع ملاحظة أن الطعام ليس على نوعين - كون الوصف للتوضيح،

ولعل الأمر بالتأمل إشارة إلى ذلك.

ويمكن أن يكون إشارة إلى أنه سلّمنا الإجمال في الرواية، لكنّه غير ضائر في الاستدلال بها؛ إذ يكفي فيه قوله في الفقرة السابقة: «لا يصلح إلا بكيل»؛ إذ لا مانع من الاستدلال بها إلا مخالفة الشارع وسيأتي الجواب عنه. وبعد هذا كلّه يشكل الاستدلال بالرواية بأنّه مبنيّ على كون لا يصلح إرشاداً إلى الفساد أو ظاهراً في الحرمة مع دلالة الحرمة في المعاملة على الفساد.

وفي الكلّ نظر، فالقدر المتيقّن منها كراهة البيع جزافاً كما ذهب إليه الشيخ في محكيّ الميسوط.

قوله: وأمّا الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول. ١٢/١٩٠

أقول: أو محمول على ما ذكره صاحب الجواهر من أنّ إخبار البائع في مورد الرواية لعلّه كان مستنداً على حدسه؛ إذ ليس فيها ما يدلّ على كيله للعِدل الآخر، فيحتمل أن يكون إخباره به مستنداً إلى الحدس الناشي من صرف مقايضة العِدل الآخر على العِدل الذي كيل، وعدم تصديق البائع في هذا النحو من الخبر ليس على خلاف المشهور.

ولكن يرده رواية عبد الملك الآتية الدالّة على جواز تصديق الإخبار عن الكيل بمقايضة ما لم يكل على ما كيل، كما يردّ حمل المصنّف أنّه لا شاهد عليه في الرواية إلا ما ذكره من عدم الجراف مع البناء على إخباره والاعتماد عليه، وهو ممنوع؛ إذ مجرّد إخبار البائع لا يخرجّه عن الجهالة التي هي المناط في الجراف، فتأمل.

فالأولى في رفع هذا الإيراد أن يقال: إنّ كونه على خلاف المشهور مبنيّ على دلالته على الفساد، فإنّ المشهور صحّته معه، وأمّا بناءً على كراهته مع الإخبار فلا؛ إذ لم يعلم منهم عدم كراهته مع الإخبار ولا منافاة بين الاكتفاء به

في ارتفاع الحرمة وبين عدمه في ارتفاع الكراهة.

هذا كله فيما إذا ساعدنا المشهور وصدقناهم في حكمهم بجواز الاكتفاء بإخبار البائع مطلقاً، وأما لو خطأناهم في ذلك الإطلاق من جهة عدم دلالة الأخبار على الاعتماد به - إلا في صورة تصديق المشتري له في إخباره وعلمه بصدقه فيه كما هو قضية رواية ابن محبوب، أو في صورة ائتمان المشتري ووثوقه كما هو قضية رواية أبي العطار - فلا يضر مخالفتهم للرواية حينئذٍ حتى يكون ممّا يورد عليها ويحتاج إلى الجواب.

نعم إطلاق عدم الاعتماد به معارض بتلك الروايات فيقيّد بها.

١٣/١٩٠ قوله: قال في التذكرة.

أقول: غرضه من نقل هذا وكلام السرائر بيان أنّ ما ذكره من أنّ الشراء مع

إخبار البائع على قسمين:

أحدهما: باطل، وهو الشراء بلا اعتماد على قوله، أي سواء زاد أو نقص.

والآخر: صحيح، وهو الشراء معتمداً على إخباره وبانياً عليه.

قد نبّه على أولهما في السرائر، وعلى ثانيهما في التذكرة، بل ظاهره

دعوى الإجماع عليه.

١٤/١٩٠ قوله: تعارض ظهور لا يصلح أو لا يصح في الفساد.

أقول: قد علم ممّا تقدّم أنّ الأول غير ظاهر في الفساد، والثاني غير

ثابت.

١٥-١٤/١٩٠ قوله في الصحيح عن ابن محبوب: ... وما يكال أو يوزن. ٢ - رواية

سماعة ٤: ٢١٢

أقول: عطف على الطعام، من عطف العام على الخاص. و«أن» في قوله:

«أن تأتي» مصدرية، و«تشتري» عطف عليه بإسقاط العاطف، يعني إمّا إتيانك

رجلاً في طعام وشراؤك منه مرابحة فلا بأس... إلى آخره، وذيل الرواية بعد

قوله: «وكذا»: «وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس».

قوله: دلالتها أوضح من الأولى. ١٦/١٩٠

أقول: لسلامتها إما لأجله تأمل الأردبيلي في دلالة الأولى من اشتمالها على قوله: «سميت فيه كيلاً» الموجب لتوهم الإجمال أو مخالفة المشهور وعلى نسبة الكراهة إلى هذا البيع، ولكن مع ذلك يمكن الخدشة في دلالتها أيضاً بأن غاية ما يدل عليه مفهوم الشرط فيها هو ثبوت البأس لو لم يكمله البائع، وهو أعم من الحرمة، والحرمة على تقدير إرادتها منه أعم من الفساد إلا أن يقال: إن البأس المتوهم في المورد هو البأس من حيث الصحة والفساد. لكنه مشكل.

قوله: دلت على توهم جواز البيع بغير كيل إلا إذا أخبره البائع فضدقه. ١٨/١٩٠

٣- رواية أبان
٤ : ٢١٢

أقول: نعم، لو كان اعتبار الكيل المستفاد من قوله: «لا تبعه حتى تكيله» بناء على أن النهي للإرشاد أو دلالة النهي التحريمي على الفساد لأجل اعتباره في صحة المعاملة كما هو قضية إطلاق الرواية من حيث كون البيع الثاني بنحو المراجعة أو التولية.

وأما لو كان اعتباره لأجل دخالته في قبض المكيل وأنه فيه يتوقف على الكيل - كما قال به بعض على ما ستطلع عليه في مسألة القبض في آخر الكتاب - فلا ربط للرواية بما نحن فيه من لزوم الكيل في صحة المعاملة قبال المجازفة، بل يكون من أدلة اعتبار القبض في المكيل في صحة بيعه ثانياً، وعلى هذا لا بد من تقييدها بصورة كون البيع بنحو المراجعة لجملة من الأخبار الصريحة في عدم اعتباره في التولية.

ومن لحاظ أن اعتباره إنما هو لأجل تحصيل القبض لا لأجل رفع الجهالة والمجازفة، يظهر الخدشة في رواية سماعة التي موردها البيع مراجعة، فيكون أولى بالخدشة.

ومنه يظهر الخدشة في مفهوم رواية أبي العطار، فإن الحكم بثبوت

البأس عند عدم الاطمينان يحتمل أن يكون لأجل عدم إحراز المشتري شرط صحة بيع ما يكال ثانياً بعد الشراء، أعني: القبض المتوقّف على الكيل لعدم إحراز الكيل، يعني: ان لم يحرز كيلك الموجب لعدم إحراز قبضك، ففيه بأس؛ لاحتمال أن يكون بيعاً قبل القبض، إمّا إنّ مورد الرواية بيع ما اشتراه من الغير فيدلّ عليه صدر الرواية الذي ترك ذكره هنا، وإن شئت الاطلاع عليه فراجع باب الاستحطاط بعد الصفقة من متاجر الوافي.

وأما المرسلّة لابن بكير فيمكن الخدشة في دلالتها بما ذكره بقوله: «ويحتمل الرواية الحمل على استيفاء المبيع بعد الشراء».

٤- رواية أبي
العتارد: ٢١٣

قوله: وفحوى مفهوم رواية أبي العتارد.
أقول: وجه الفحوى أنّه إذا لم يجز عند إخبار البائع بالكيل مع عدم الائتمان فعند الجزاف بطريق أولى، لكون عدم الائتمان عنده أقوى منه عند الإخبار، فتدبر.

٥- مرسلّة ابن
بكير: ٢١٣

٢١/١٩٠ قوله: وكيف كان، ففي مجموع ما ذكرنا وما لم يذكر.
أقول: أمّا الاخبار الخاصّة المذكورة فقد عرفت المناقشة في دلالتها واحداً بعد واحد، وأمّا ما لم يذكر من الأخبار فلا دلالة فيه كما اعترف به بقوله: «مما فيه إيماء على المطلب»؛ حيث إنّ الإيماء غير الدلالة.
وأما النبويّ فقد مرّ سابقاً أنّ المتيقّن من مدلوله وهو صورة تحقّق الخديعة أخصّ من المدعى، فلم يبقّ في المسألة إلا الشهرة والإجماعات المنقولة، وسبيل الخدشة فيهما واضح.

هل الحكم
منوط بالغرر
الشخصي أم
٢١٤ : ٤٩٧

٢٣-٢٢/١٩٠ قوله: ثمّ إنّ ظاهر إطلاق جميع ما ذكر أن الحكم ليس منوطاً بالغرر الشخصي.

أقول: فيه نظر؛ لأنّ ما ذكره من الأخبار على قسمين:
منه: ما لم يجعل الحكم ببطان البيع مع الجهل بمقدار المبيع منوطاً

بالغرر، بل جعله منوطاً على الجزاف، وهذا لا مجال فيه للكلام في أنّ الحكم فيه منوط بالغرر النوعي دون الشخصي. ودعوى كون المناط هو الغرر خالية عن الشاهد.

ومنه: ما جعل الحكم فيه معلقاً على الغرر، مثل النبوي، والظاهر من الغرر فيه هو الشخصي كما يشهد به ملاحظة أمثاله، فكان الأولى أن يقول: ثم إنَّ النبوي، وإن كان يقتضي عدم وجوب الكيل والوزن فيما إذا لم يكن هناك غرر أصلاً لا نوعاً ولا شخصاً، كبيع مقدار من الطعام مثلاً بما يقابله في الميزان من جنسه أو من غيره المساوي له في القيمة، فإنَّه لا غرر فيه لا في نوعه ولا في شخصه، خلافاً لظاهر المصنّف؛ فإنَّ الظاهر من قوله: «وإن لم يكن في شخص المقام غرر، كما لو باع...» أن في نوعه غرر، وليس كذلك إلا أن الظاهر من إطلاق الأخبار الخاصة وجوبه مطلقاً حتى في المثال المزبور.

٢٣/١٩٠

قوله: وإن كان حكمته.

أقول: في العبارة ركاقة، ولو قال: وحكمته، لكان حسناً.

قوله: كما أن حكمه الحكم باعتبار بعض الشروط.

أقول: كاعتبار تعيين الثمن في البيع والأجرة في الإجارة، بل القبض في الصرف.

٢٦-٢٥/١٩٠

قوله: ويحتمل غير بعيد حمل الاطلاقات سيّما الأخبار.

أقول: يعني من غير الأخبار المستفاد من «سيّما» معاقد الإجماعات المنقولة، وعلى هذا يكون المدار والمناط في الفساد وعدمه وجود الغرر الشخصي وعدمه على ما صرح به في ذيل العبارة بقوله: «وبالجملة: فإنّناطة الحكم بوجوب معرفة مقدار المبيع وكيّله مدار الغرر الشخصي قريب في الغاية»، لكن الشأن في هذا الاحتمال؛ لأنَّه مبني على كون الوجه في اعتبار الكيل فيما يكال هو التجنّب عن الغرر، فحينئذ يصحّ دعوى وروده مورد

الغالب وهو صورة عدم اندفاع الغرر إلّا به، وقد مرّ منع ذلك وأنّ اعتباره تعبّد صرف ثبت بالأخبار الخاصّة بناء على تماميّة دلالتها والإغماض عن الخدشة فيها بما ذكرنا، وعليه لا أرى وجهاً لهذه الدعوى، فافهم.

٢٩/١٩٠ قوله: وممّا ذكرنا يتّجه عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة. عدم اعتبار

أقول: مراده من الموصول حمل الإطلاقات على الغالب، وقد مرّ الإشكال فيه، وإنّما يتّجه ذلك ممّا ذكرنا من عدم الدليل على اعتبار الكيل والوزن في صحّة بيع المكيل والموزون إلّا النبويّ، إمّا مطلقاً كما هو المشهور، أو في بعض الصور ولو من باب الأخذ بالقدر المتيقّن كما هو الظاهر؛ لعدم دلالة الأخبار الخاصّة على اعتبارهما كما عرفت، والغرر مأخوذ في موضوع النبوي، وهو منتفٍ في جميع النقود من غير فرق بين الفلوس والدرهم والدنانير فيما إذا لم يكن فرق في القيمة بين أفرادها من جهة النقصان عن الوزن المقرّر لها وعدمه.

وأما لو تفاوتت القيمة فإن كان الثمن مطلقاً منصرفاً إلى التامّ صحّ البيع ووجب عليه التبديل، وإن كان شخصياً بأن قال: بعثك هذا الكتاب بهذا، مشيراً إلى دينار خارجيّ، صحّ البيع وله خيار العيب، وإن جمع بينهما بأن قال: بعثك بهذا الدينار، فإن قصد مدلولي اللفظين بطل البيع؛ لانتهاء الثمن؛ لأنّ الثمن حينئذٍ هو المشار إليه المقيّد بكونه فرداً من أفراد الدينار التامّ لانصرافه إليه، وهو منتفٍ بانتفاء قيده الناشي من نقصانه، وإن قصد مدلول أحدهما ولم يعلم به فهو من باب تعارض الوصف والإشارة، فمع عدم المرجّح يكون المسألة من موارد العلم التفصيلي بصحّة البيع وانتقال المبيع إمّا بازاء الدينار الخارجي مع خيار العيب كما هو قضيّة قصد مدلول اسم الإشارة، وإنّما وصفه بالدينار باعتقاد أنّه دينار تامّ، أو بازاء الدينار التامّ بلا خيار كما هو قضيّة قصد مدلول الوصف، وإنّما أشار إليه باعتقاد حضوره فلا بدّ من إعمال قواعد العلم

العلم بوزن
الفلوس
المسكوكة
وشبهها ٤: ٢١٥

الإجمالي، فتأمل في أعمالها بالقياس إلى الثمن في المقام، فإنه لا يخلو عن صعوبة.

قوله: من حيث تفاوت قيمتها. ٣٤/١٩٠

أقول: يعني لا من حيث المعرفة بوزنهما المقرر، وأمّا الفلوس والمغشوش لا يعتبرون فيهما عدم نقصهما عن وزنهما المقرر من هذا الحيث أيضاً؛ لعدم تفاوت قيمتهما بالنقص، فالتقص عن الوزن المقرر لهما ليس بعيب.

قوله: وإلى ما ذكرنا من الفرق اشير بصحيحة. ٣٥/١٩٠

أقول: يعني الفرق بين كون الناقص ممّا تتفاوت القيمة بالنقصان، وبين كونه ممّا لا تتفاوت، في جواز إعطاء الأوّل وفاء عن الثمن التامّ بدون البيان لتحقق الغشّ فيه دون الأوّل، لا الفرق بين الفلوس السود والدرهم والدنانير؛ إذ ليس في الصحيحة من الفلوس عين ولا أثر والموجود فيها الدرهم، وهي منافية لإطلاق ما ذكره في الدرهم من اعتبار عدم نقصانها عن الوزن المقرر لها.

فالمناسب لهذه الرواية بضمّ فهم المثالية من الدرهم فيها للنقود، وهو عنوان المطلب بطور الكلّي مثل أن يقول: نعم يعتبر في النقود عدم النقص عن الوزن المقرر، لو أثر النقص تفاوتاً في القيمة، فلا يجوز إعطاء الناقص بدل التامّ، وإلاّ فلا يعتبر فيجوز إعطاؤه بدلاً عنه.

وكيف كان قوله: «الحبة والحبتين» بيان لمقدار النقص، يعني: الناقص بمقدار الحبة. وقوله: «عدداً» تمييز عن النحو وبيان لوجه الشبه المستفاد منه، يعني إلاّ أن يكون مدار رواجها في السوق مثل الدرهم الأوضاحيّة التي يكون عندنا في الحجاز هو العدد لا الوزن، فيجوز حينئذٍ إعطاء الناقص من دون بيان النقص.

والمراد من الدرهم الأوضاحية: إمّا الدرهم الصحاح كما في الوافي،

المعتبر في
الدرهم
والدنانير عدم
النقص عن
وزنها المقرر
٢١٦ : ٤

امتياز الدرهم
والدنانير عن
الفلوس السود
وشبهها ٢١٦ : ٤

وإنما الدراهم المغشوشة المحمول عليها من غير جنس الفضّة الموجب لنقص وزن فضتها عن وزن الدراهم الصحيحة مع رواجها مثل الصحيحة بدون النقصان، كما يحتمل بل لعلّه الظاهر.

٤-٣/١٩١ قوله: بل يدلّ عليه تقرير الإمام عليه السلام.

أقول: يأتي منه عليه السلام أنّ التقرير غير واضح، هذا إن أُريد من وجوب معرفة العدد ذلك تحقيقاً في الجملة ولو حال التمكن، وأمّا إذا أُريد منه ذلك مطلقاً حتى حال التعذّر فالرواية صريحة في ردّه وجواز الاكتفاء بالكيل التي نتيجته المعرفة تقريباً لا تحقيقاً.

٥/١٩١ قوله: ويردّه رواية الجوز الآتية.

أقول: لا دلالة فيها على عدم كفاية المشاهدة إلّا بمفهوم اللّقب الذي لا حجيّة فيه.

قوله: بخلاف مثل الشاة والفرس والثور .
أقول: لأنّ معرفة مقدار ماليّتها بالمشاهدة لا بالعَدّ.

[تقدير المبيع بغير المتعارف به]

١٥/١٩١ قوله عليه السلام: جواز إسلاف الموزون في المكيل.

أقول: يعني إسلاف الثمن الموزون في المبيع المكيل وبالعكس، يعني: جعل أحد العوضين في باب السلم من الموزون والآخر من المكيل، ووجه ظهور الرواية في هذا المعنى التعبير بقوله: «فيما يكال وفيما يوزن»؛ إذ لو أُريد المعنى الثاني الذي ذكره الشهيد لكان حقّ التعبير أن يقول: بالكيل في الأوّل وبالوزن في الثاني.

١٦/١٩١ قوله: ويعضده ذكر الشيخ.

أقول: لو كان واحد من الزيت والسمن موزوناً والآخر مكيلاً، والظاهر أنّهما معاً من الموزون، فذكره في هذا الباب غير مناسب على كلا المعنيين.

وجوب معرفة
العدد في
المعدود
والدليل عليه
٢١٧ : ٤

ظاهر
الأردبيلي
جواز بيع
المعدود
مشاهدة ٤: ٢١٧

المراد من
« المعدودات »
٢١٧ : ٤

الأقوال في
المسألة ٤: ٢٢٠

١- التقدير
بغير ما تعارف
تقديره به من
حيث جعله
طريقاً إلى ما
تعرف فيه
٤: ٢٢١-٢٢٢

١٨/١٩١

قوله: أمّا الأوّل فالظاهر جوازه.

أقول: ما استظهره هنا وفي القسم الثاني من الجواز، مثل صورة إخبار
البائع على المشهور، تمام لو كان هناك دليل على طريقيّة أحد التقديرين على
الآخر مثله في إخبار البائع، لكنّه غير ثابت، بل مقتضى الحصر في قوله في
صحيحة الحلبي المتقدّمة: «لا يصلح إلّا بالكيل» عدم كفاية الوزن ولو كان
بنحو الطريقيّة إلى الكيل، إلّا أن يقال: إنّ الحصر إضافي بالقياس إلى ما لم يكن
هناك تقدير، كما يشهد به قوله في الذيل: «لا يصلح مجازفة».

وكيف كان، لا دلالة فيها ولا في غيرها من الأخبار على طريقيّة أحد
الأمرين على الآخر، والذي يدلّ عليه رواية عبد الملك طريقيّة وزن شيء في
طرف على وزنه في طرف آخر مماثل له، وكيل شيء في طرف على كيله في
مماثله، لا طريقيّة الكيل على الوزن وبالعكس، ولا ملازمة بين الأمرين.
وهذا هو السرّ في التعبير بالتأييد دون الدلالة، ومع عدم الدليل عليه
يكون وجوده كعدمه في عدم خروجه عن الجواز؛ إذ مجرد البناء على ذلك
المقدّر المستكشف بذاك التقدير الآخر الذي لم يقم دليل عليه لا يخرج عنه،
وإلا لجاز مع البناء على تقدير خاصّ مطلقاً ولو لم يكن هناك تقدير أصلاً.

٢٢/١٩١

قوله: والتقييد بالتعذر لعلّه.

أقول: هذا بيان لوجه التقييد بالتعذر مع أنّه ليس في الرواية اسم من
التعذر، كما أنّ قوله: «ولا يخفى أنّ هذه الغلبة» إيراد على العلامة على تقييده
بالتعذر بعد توجيهه، ومحصل الإيراد: أنّه لا وجه للتقييد المذكور على كلّ من
تقدير كون الغلبة في مورد الرواية قاذحة في العموم المستفاد من ترك
الاستفصال بين صورتَي التعذر وعدمه، بأن كانت من الكثرة على حدّ لا يبقى
معه الترديد بين الصورتين وتقدير عدم كونها كذلك.

أمّا على الأوّل فلأنّ التقييد بناء عليه إنّما يصحّ لو كان الحكم بكفاية

شروط العوضين / العلم بقدر المثلث (تقدير المبيع بغير المتعارف به) ٤٥٣

التقدير بغير المتعارف مخالفاً لعمومات التقدير بالمتعارف؛ نظراً إلى وجوب الرجوع إليها في غير صورة التعذر حينئذٍ؛ لاختصاص الدليل المخصص لها بمورد الرواية وهو صورة التعذر بحكم الغلبة، لكن عرفت موافقة الحكم للعمومات؛ لأنه في الحقيقة تقدير بالمتعارف لا بغير المتعارف.

وأما على الثاني فواضح؛ لأنّ المفروض حينئذٍ إفادة الرواية للعموم بحكم ترك الاستفصال، ومعه لا معنى للتقييد أصلاً. ويمكن الانتصار للعلامة عليه السلام بأنّ له أن يختار الشقّ الأوّل ويقول: إنّه وإن كان تقدير الشيء بما يتعارف تقديره به كالوزن في مورد الرواية إلاّ أنّه تقدير حدسي لا حقيقي ولا دليل على كفايته إلاّ هذه الرواية، وموردها بحكم الغلبة صورة التعذر فليقتصر عليها.

٢٣/١٩١ قوله عليه السلام : هذا في الحقيقة تقدير.

أقول: يعني تقدير بما يتعارف، لكن لا حقيقة بل بما هو طريق إلى معرفة وزنه، وفي محل البحث كيل ما يوزن طريق إلى معرفة وزنه وفي محلّ البحث كيل ما يوزن وبالعكس.

وفيه: ما عرفت في الانتصار من أنّه وإن كان تقديراً بالمتعارف، إلاّ أنّه تقدير طريقي لا حقيقي، فيحتاج إلى دليل وهو منحصر برواية عبد الملك، فليقتصر على موردها من طريقيّة وزن البعض إلى وزن البعض الآخر.

٢٤/١٩١ قوله: نعم ربّما ينافي ذلك التقرير.

أقول: يعني ينافي الاكتفاء بالتقدير بغير المتعارف طريقاً إلى المتعارف مطلقاً حتى في صورة عدم تعذر المتعارف التقرير حيث إنّ مقتضاه عدم الاكتفاء به إلاّ في صورة التعذر.

٧/١٩٢ قوله: بقي الكلام في تعيين المناط في كون الشيء مكيلاً.

أقول: سيأتي أنّ الكلام هنا ليس في تعيين مفهوم المكيل والموزون لغة

وعرفاً؛ ضرورة أنه أمر مبين، وإنما الكلام في تعيين ما جعل موضوعاً للحكم في المقام وفي باب الربا، بمعنى أن المراد منهما هل هو المفهوم العرفي أو خصوص مصداق من مصاديقهما وهو المكيل والموزون في زمان النبي ﷺ. وبعبارة أخرى: أن النزاع في أن أخذهما في موضوع حكم عدم صحة البيع إلا بالكيل والوزن، وفي حكم عدم جواز التفاضل فيما إذا كان الثمن والمثمن من جنس واحد، هل هو بنحو الموضوعية في كلا البابين كي يدور الحكمان مدار تحقق هذا الموضوع وجوداً وعدماً، ففي كل زمان يكون الشيء معنوياً بأحد هذين العنوانين لا يجوز التفاضل فيه ولا يجوز بيعه إلا بهما في ذلك الزمان من دون مدخلية لزمانه ﷺ وكل زمان لا يكون فيه معنوياً به يجوز التفاضل فيه ويجوز بيعه بدونهما ولو كان في زمانه ﷺ معنوياً به؟ أم ليس كذلك، بل أخذهما فيه بنحو المعرفية والطريقة إلى الأشياء الخاصة كالحنطة والشعير والملح والذهب والفضة وأمثال ذلك مما كان مكيلاً أو موزوناً في زمانه ﷺ؟

أما في كلا البابين كما هو الذي فهمه المصنف رحمه الله من كلام الأصحاب كي يختص الحكمان بخصوص الأشياء التي كانت من المكيل أو الموزون، وإن تغيرت العادة وانقلبت إلى عدم اعتبار الكيل والوزن فيها في زمان آخر أو في خصوص باب الربا، وأما في المقام فقد أخذنا بنحو الموضوعية كما يظهر من صاحب الجواهر رحمه الله وجوه.

والذي ينبغي أن يقال: إن الظاهر من الوصف وكذا الصلة إذا أخذنا في موضوع الحكم إنما هو العنوانية في مرحلتي الحدوث والبقاء، بحيث يكون إرادة المعرفية والموضوعية من حيث حدوث الحكم دون بقائه محتاجة إلى القرينة، ومن ذلك الصلة في قولهم ﷺ في أخبار البابين: «ما يكال وما يوزن»، ولازم ذلك دوران الحكمين مدار تحقق هذين العنوانين وجوداً وعدماً،

فمن قال بخلاف ذلك في البابين أو في خصوص باب الربا فلا بدّ له من إقامة دليل عليه وليس إلّا الإجماع.

وفيه: أنّ الإجماع إن كان على صرف بيان أنّ المراد منهما في الأخبار هو المصداق الخاص، وأمّا حكمها فهو على عهدة الأخبار، فيردّه أنّه لا مجال حينئذٍ لتسرية الحكمين إلى المكيل والموزون بعد زمانه ﷺ بعد أن لم يكن كذلك في زمانه ﷺ أو كان مشكوكاً فيه؛ إذ لا دليل عليها قبال الإطلاقات والعمومات إلّا هذه الأخبار ولا تكون دليلاً عليها فيما ذكر إلّا إذا أخذنا بطور العنوانية والموضوعية، ولا مجال لذلك مع إرادة الطريقة منهما بالقياس إلى ما يكون كذلك في زمانه؛ لاستلزامه اجتماع اللحاظين المتنافيين مع عدم الجامع بينهما.

وإن كان الإجماع على الموضوع والحكم كليهما، بأن كان إجماع على أنّ المكيل والموزون في زمن النبي ﷺ بالمعنى المذكور، أي المعرفيّة حكمهما كذا وكذا بالاستقلال من دون نظر إلى بيان مفاد الاخبار، ففيه: أنّه وإن كان الاخبار حينئذٍ يدلّ على اعتبار الكيل والوزن فيما علم كونه غير مقدّر بهما في عصره ﷺ، فضلاً عن ما يشكّ فيه، إلّا أنّه يرد عليه - مضافاً إلى أنّه خلاف الظاهر من الكلمات؛ لأنّ الظاهر منها كونهم بصدد بيان المراد منهما في الأخبار - أنّ النسبة حينئذٍ بينهما العموم من وجه لخصوص الأخبار من حيث المكيل والموزون، وعمومها من حيث زمن النبي ﷺ وغيره، والاجماع بالعكس لا اختصاصه بالأشياء الخاصة المقدّرة بهما في زمانه ﷺ وعمومه من حيث تبدّلها إلى تعارف غيرهما من التقدير بالعدد أو المشاهدة وعدمه، فيقع التعارض بينهما في تلك الإشارة الخاصّة في زمان تعارف تقديرها بغيرهما فيه، فالمرجع بعد التساقط هو العمومات المقتضية لعدم اعتبار التقدير بهما في صحّة بيعهما وجواز التفاضل في بيعها بجنسها.

وبالجملة: لا يصح الاستناد إلى الإجماع في رفع اليد عن ظهور الأخبار في الموضوعية، ولو صحّ فهو مخصوص بباب الربا كما ذكره صاحب الجواهر؛ لعدم تمامية ما ذكره الشيخ في وجه عمومه لكلا البابين كما ستعرف، فلا وجه للتعدي منه إلى المقام.

وأما إن أحدهما في أخبار الباب من باب الموضوعية وفي أخبار الربا من باب الكشف والمعرفة كما نفى عنه البعد المولى الأستاذ الخراساني في التعليقة على المتن، ففيه إشكال كما اعترف به أخيراً.

١٢/١٩٢

قوله: إِلَّا أَنَّ الْمَدَارَ.

المناقشة فيما
أفاده صاحب
الجواهر ٤: ٢٢٦

أقول: يعني إِلَّا أَنَّ الْمَدَارَ في تطرّق الربا في كلّ شيء في زمان وجوداً وعدمًا على اشتراط الكيل والوزن في صحّة بيع ذاك الشيء في ذاك الزمان بعينه لا في زمان سابق عليه وعدمه، فكلّ ما اشترط في صحّة بيعه الكيل والوزن ففيه الربا، وكلّ ما لا يشترط في صحّة بيعه ذلك فليس فيه الربا، ولازم هذا الدور أن ثبوت هذا الشرط في صحّة بيع ما دلّ الدليل على ثبوت الربا في بيعه بجنسه مع التفاضل، كما أنّ لازمه ثبوت الربا فيما دلّ الدليل على اعتبار هذا الشرط في صحّة بيعه، وإلا لما كان معنى لإناطة هذا بذاك وجوداً وعدمًا.

ولا يخفى أنّ هذا بعد تسليمه لا يجدي في ردّ صاحب الجواهر رحمته؛ لأنّ غاية نتيجه - بعد ضمّ كون ما ذكره في بيان المراد من المكيل والموزون في باب الربا كافيًا في المقام - أنّ ما دلّ الدليل على ثبوت الربا في شيء كان مكيلاً أو موزوناً في عصره عليه السلام وصار بعده على خلاف ذلك، يشترط في صحّة بيعه بعد عصره عليه السلام أيضاً الكيل والوزن، وأين هذا من كون المراد من الكيل والموزون في أخبار المقام هو ما كان كذلك في عصره عليه السلام.

هذا مضافاً إلى أنّ لازم ذلك هو الالتزام إمّا بصحّة بيع ذلك الشيء بالكيل والوزن في زمان تعارف فيه التقدير بغيرهما بحيث لا يرتفع الغرر فيه بالتقدير

بهما، وإما بعدم صحة بيع ذلك في ذلك الزمان، والأول خلاف النبوي، والثاني خلاف الضرورة من أهل الشرع والعرف.

هذا كله مع أنه غير مسلم لإمكان أن يناقش فيه باحتمال أن يكون المراد منه عين اشتراط تطرّق الرّبا في شيء وجوداً وعدمًا بكونه مكيلاً أو موزوناً؛ لأنّ كون الشيء كذلك مساوق لاشتراط صحة بيعه بهما قد عبّر عنه تارة بهذا التعبير وأخرى بذاك، فإن كان المراد منهما ما كان كذلك في زمانه كما نسب إلى الأصحاب فيكون الرّبا في شيء في كلّ زمان دائراً مدار كونه كذلك في عصره ﷺ، فكلّ ما كان مكيلاً أو موزوناً واشترط في صحة بيعه ذلك في عصره فلا يجوز فيه الرّبا في جميع الأعصار حتّى في عصر انقلب فيه العنوان والشرط بأن صار بعد عصره ﷺ معدوداً واشترط في صحة بيعه العدّ، فهذا لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً وإن كان لا بدّ في صحة بيعه من العدّ، وإن كان المراد منهما ما هو كذلك في أيّ زمان كان كما هو الظاهر من الأخبار لكان تطرّق الرّبا في شيء وجوداً وعدمًا في كلّ زمان دائراً مدار كونه كذلك في ذلك الزمان.

قوله: وأكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط. ١٣/١٩٢

أقول: يعني لم يذكروا في مبحث شروط العوضين تحديد مورد شرط الكيل والوزن في صحة البيع، وأنه عبارة عمّا يكون مكيلاً أو موزوناً في عصره ﷺ.

قوله: إلّا أنّ الأكثر ذكروا في باب الرّبا ما هو المعيار هنا.

أقول: إن أريد بذلك أنّهم ذكروا هناك في بيان المراد منهما شيئاً يمكن أن يكون هو المراد منهما هنا فهو مسلم، لكنّه لا يجدي كما هو واضح، وإن أريد أنّهم ذكروا هناك ما يدلّ على اتّحاد المراد منهما في البابين، فلا شاهد له عليه.

كلام الشيخ
الطوسي في
عدم الاختصاص
٢٢٧ : ٤

قوله: «أما أولاً فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه». ١٤/١٩٢
أقول: لا شهادة في عبارة المبسوط على التعميم إلا إطلاق البيع فيها من حيث كونه بالجنس أو غيره، وعلى الأول من حيث وجود التفاضل وعدمه، وهو مشكل مع كون العنوان مخصوصاً بالرّبا.

هذا مضافاً إلى أنّه كيف يمكن الأخذ بإطلاقه والحال أنّ لازمه عدم جواز بيع المكيل في الحجاز - كالحنطة مثلاً - في سائر البلدان في ذاك العصر وفي الحجاز في غير ذاك العصر بالوزن فيما إذا كان المتعارف فيه الوزن فقط، بحيث لا يرتفع الغرر في بيعه إلا بالوزن ولا يمكن الالتزام به؛ لأنّه عين الغرر المنهّي عنه؟ فلا بدّ أن يحمل على التنزيل والتشبيه في عدم جواز التفاضل، يعني: لم يجز بيعه في سائر البلاد إلا حال كونه منزلاً منزلة المكيل في اعتبار عدم التفاضل فيه.

وبعبارة أخرى: لم يجز بيعه بغير الكيل إلا كبيعته بكيل في لزوم عدم التفاضل، ولعلّ في التعبير هنا بـ^(١) «لم يجز» وفيما بعد بـ«لا يباع» إشعار بذلك، فتأمّل، ومثلها عبارة التذكرة.

قوله: «وأما ثانياً فلأنّ ما يقطع». ١٨ - ١٧/١٩٢

الموضوع في
المسألتين
شيء واحد
٢٢٧ : ٤

أقول: ما ذكره حق لا إشكال فيه، إنّما الإشكال في قوله أخيراً: «فاذا ذكر وضابطة لتحديد الموضوع»؛ لأنّه تمام لو كان التحديد لتعيين الظهور من حيث الوضع أو من حيث قرينة عامّة لكلا البابين، لا فيما إذا كان لتعيين ما هو المراد منه بلحاظ قرينة مخصوصة بأحد البابين، فهل ترى من نفسك أن يكون ما ذكره وضابطة للسفر في باب القصر والإتمام ضابطة له في باب جواز طلاق المسافر امرأته على كلّ حال، وفي قوله ﷺ: «من سافر وحده فهو ملعون»، وقد مرّ أنّ الظهور اللفظي خلاف هذا التحديد وكونه بلحاظ قرينة

(١) في الأصل: بل.

عامّة مصادرة؟

هذا، مضافاً إلى اختلاف المناط في المسألتين؛ لأنّ المناط في الباب هو الغرر، ومن المعلوم أنّه لا مدخلية لخصوص زمان الشارع أصلاً، وإنّما المناسب لهذا المناط هو التعميم وإناطة الحكم بصدق هذا العنوان وجوداً وعدمًا مطلقاً في أيّ زمان كان، والمناط في باب الرّبا التفاضل، وهو بالنسبة إلى إرادة العموم والخصوص على حدّ سواء، مع أنّه لو كان المناط فيهما أمراً واحداً لنبّه عليه واحد منهم هناك، مع أنّ المناسب حينئذٍ عنوان المسألة في هذا المقام، وإيكال الأمر في باب الرّبا على ما ذكره في المقام نظراً إلى اتّحاد الموضوع في المسألتين؛ وذلك لتقدّم المقام على الرّبا طبعاً وفي المتون، فتدبّر. ٢٠/١٩٢ قوله: وأمّا ثالثاً فلاّنه يظهر.

ظهور كلمات

جماعة في

اشتراط اعتبار

الكيل والوزن

في الرّبا ٤: ٢٢٨

أقول: محصّله كما ذكره بقوله: «وبالجملة» دعوى الملازمة بين تطرّق الرّبا في شيء وبين اشتراط صحّة بيعه بأحد التقديرين، وقد مرّ الجواب عنه في ذيل قوله: «إلاّ أنّ المدار وجوداً وعدمًا في الرّبا» بأنّه ليس في كلامهم تصريح ولا ظهور في كون اشتراط صحّة بيع شيء بالكيل والوزن في ربويّته شرطاً آخر وراء اعتبار كونه مكيلاً أو موزوناً من حيث الجنس، فيحتمل اتّحادهما عندهم في المؤدّي، وإنّما الاختلاف في مجرّد التعبير.

لازم ما ذكرنا

أنّه إذا ثبت

الرّبا في جنس

فلا يجوز بيعه

جزافاً ٤: ٢٢٩

٢٤/١٩٢ قوله: ولازم ذلك.

أقول: فيه - مضافاً إلى ما ذكرناه في الحاشية السابقة -: أنّه كما أنّ لازم هذا الاشتراط عدم جواز بيعه جزافاً، كذلك لازم بطلان بيعه بالكيل والوزن إذا كان غرريّاً؛ للنبي والإجماع بطلان الاشتراط المذكور في الفرض، فيتعارضان فيقدّم هذا ويتصرّف في طرف الاشتراط بالحمل على الاشتراط في عصره ﷺ الذي مآله إلى أنّ هذا عبارة أخرى عن اشتراط المكيالية والموزونية في الرّبا وإلاّ لزم الالتزام إمّا بصحّة البيع الغرري أو بعدم صحّة بيع

ذلك أصلاً في ذاك العصر المقدّر بغيرهما، وكلاهما باطل كما أشرنا إليه.

قوله: فالظاهر جواز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر قطعاً. ٣٠-٢٩/١٩٢

أقول: يعني مطلقاً ولو تعارف فيه الكيل والوزن عندنا.

قوله: كما يشهد بذلك دعوى بعضهم الإجماع على أنه ليس

بربوي. ٣٠/١٩٢

أقول: بضميمة ما ادّعاه من التلازم بين حكمي الربويّة واشتراط الكيل والوزن في صحّة بيعه وجوداً وعدماً.

قوله: اللهمّ إلا أن يقال. ٣٢/١٩٢

أقول: فحينئذ لا يعلم التنافي بينهما حتى يشكل الحكم باعتبار الكيل

والوزن في صحّة بيع ما تعارف تقديره بهما في زمان، بل بأصالة عدم

التخصيص في عموم ما كان غير مكيل ولا موزون في عصره، يصحّ بيعه جزافاً،

يحرز عدم تقديره بهما في ذاك العصر بناء على جواز التمسك بها في إحراز

ذلك كما هو مختاره عليه السلام أصولاً وفروعاً، إلا أنه ممنوع لعدم الدليل عليه كما قرّر

في محلّه.

قوله: والأصل في ذلك أن مفهوم. ٣٣/١٩٢

أقول: يعني والأصل والأساس في عدم تحقّق المنافاة بين إطلاق

الأخبار المتقدّمة وبين عدم اشتراطهما في صحّة بيع ما كان يباع جزافاً في

عصره عليه السلام بمجرد عدم العلم بأنّ الأشياء التي تعارف كيلها أو وزنها في عرف

الأئمة عليهم السلام أو أصحابهم كانت غير مقدّرة في زمنه عليه السلام أن المنافاة مبنية على

كون المكيل والموزون في تلك الأخبار مأخوذاً على نحو الموضوعيّة؛ إذ بناء

عليه تكون القضية فيها حقيقيّة فتعمّ كلّ فرد فرض تعنونه بذاك العنوان، أعني:

المكيّلة والموزونيّة مطلقاً، ولو لم يكن في زمان معنونا بهما بل كان يباع

جزافاً لكن المبني منتفٍ وإنّما أخذ فيه بنحو المعرفة فتكون القضية خارجيّة.

وعليه يكون الموضوع نفس المعنونات، أعني: تلك الأجناس

ما كان يباع

جزافاً في

زمانه عليه السلام

فيجوز بيعه

كذلك عندنا مع

عدم الغرر

٤ : ٢٣٠

منافاة إطلاق

النهي عن بيع

المكيل

والموزون

جزافاً لبعض

ما ذكرنا

٤ : ٢٣٠ - ٢٣١

شروط العوضين / العلم بقدر المثلث (تقدير المبيع بغير المتعارف به) ٤٦١

الموجودة في تلك الأزمته التي اتفق فيه التقدير بالكيل والوزن ولم يعلم كون تلك الأجناس الموجودة في ذاك الزمان التي هي الموضوع للحكم في الحقيقة غير مقدرة بهما في عصره كي يتحقق المناقاة.

قوله: لكن يرد على ذلك. ٣٥/١٩٢

أقول: يرد على كون المراد بهما المصداق الفعلي المعنون هو بهما قبال كون المراد بهما مفهومهما، مع كونه مخالفاً للظاهر المستفاد من عنوان ما يكال ويوزن من حيث التعبير بصيغة المضارع الدالة على التجدد والحدوث؛ إذ الظاهر منه كل ما هو مصداق له فعلاً وإن لم يكن كذلك في زمان المتكلم السابق عليه.

قوله: مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر. ١/١٩٣

أقول: يعني في جميع البلدان.

قوله: ولا دليل أيضاً على إلحاق كل بلد حكم نفسه. ٢/١٩٣

أقول: بل لا بدّ إمّا من اعتبار التقدير بهما في جميع البلدان لو كان مقدراً بهما في زمان صدور الأخبار، وإمّا من عدم اعتباره كذلك لو لم يكن كذلك فيه؛ لأنّه إن كان مصداقاً لأحد العنوانين في ذاك الزمان فالأوّل وإلاّ فالثاني.

قوله: من الأحكام المشهورة. ٤/١٩٣

أقول: مثل عدم جواز بيع ما يكال ويوزن في عصره جزافاً في غيره وجواز البيع جزافاً في عكس ذلك مع عدم الغرر فيه، وقوله: «بالإجماع المنقول» متعلّق بالاثبات.

قوله: ومما ذكرنا ظهر ضعف ما في كلام جماعة. ٥/١٩٣

أقول: يعني بالموصول ما ذكره من قوله: «نعم ينافي ذلك بعض ما تقدّم» إلى قوله: «فالأوّل»، وحاصل وجه الضعف: أنّ اللفظ الواحد لا يتحمّل أزيد من معنى واحد فلفظ ما يكال وما يوزن إن أُريد منهما ما يكون كذلك في زمن

حاصل الكلام
في الاستدلال
بأخبار المسألة
٤: ٢٣١-٢٣٢

الشارع لوجوب حمل اللفظ على المعنى المتعارف عنده، فلا مجال مع ذلك لأن يراد منهما غير ذلك، وهو ما يكون كذلك في العرف العام وفي جميع البلدان أو في العرف الخاص، وإن أُريد منهما ما يكون كذلك في العرف العام فلا مجال لاحتمال إرادة ما يكون كذلك في عادة بلد الشارع أو غيره؛ ضرورة أنه ليس إلا استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد، والجمع بين لحاظ المعرفة في عنوان ما يكال وما يوزن، كما هو قضية إرادة زمان الشارع ولحاظ الموضوعية فيه، كما هو قضية ما عداها.

قوله: يعتبر فيها ما كان يعتبر في حمل إطلاق لفظ الشارع عليها. ٨/١٩٣
أقول: يعني يعتبر في رفع اليد عن حمل إطلاق اللفظ على الحقيقة العرفية العامة، وحمله على الحقيقة العرفية الخاصة ما كان يعتبر في رفع اليد عن حمل إطلاق لفظ الشارع على المعنى الشرعي وحمله عليها، أي على الحقيقة العرفية العامة من فقد المعنى الأول بالمرّة، فلا يكفي التغيير والانقلاب إلى الآخر بعد وجوده، فكما أن إطلاق اللفظ لا يحمل على الحقيقة العرفية إلا مع فقد المعنى بالمرّة فلا يحمل عليها فيما كان أولاً ثم تغير وانقلب، بل يحمل على المعنى الشرعي، كذلك عند عدم المعنى الشرعي يحمل اللفظ على المعنى العرفي لو كان، ولا يحمل على العرف الخاص إلا مع فقد المعنى العرفي العام بالمرّة، فلو كانت للفظ حقيقة عرفية في عصر ثم تغيرت فالواجب الحمل على العرف السابق... إلى آخره، ومع ذلك ففي النفس شيء من فهم العبارة، فتأمل فيه.

قوله: بل الكلام فيما هو المعتبر. ١٠/١٩٣
أقول: يعني بل الكلام والبحث في تعيين الاصطلاح والعرف الذي هو المعتبر في تحقّق مفهوم المكيل والموزون في المال الذي يراد بيعه وفي كونه مصداقاً لذلك المفهوم، هذا وقد علم ممّا ذكرنا سابقاً أنه لا وجه لكون النزاع فيه

عدم كون
النزاع في
مفهوم المكيل
والموزون
بل فيما
هو المعتبر
في تحقّق
هذا المفهوم
٢٣٢: ٤ - ٢٣٣

شروط العوضين / العلم بقدر المضمن (تقدير المبيع بغير المتعارف به) ٤٦٣

إلا إذا أخذ عنوان المكيل والموزون بنحو الطريقيّة والمعرفيّة إلى المصاديق، وهو خلاف الظاهر بلا قرينة عليه؛ إذ الظاهر أخذه بنحو الموضوعيّة حدوثاً وبقاءً، والظاهر أنّ المراد منه ما كان كذلك في بلد المعاملة.

١٢/١٩٣ قوله: وعلى أيّ تقدير فلا يفيد.

أقول: على جميع التقادير يفيد الكلام المشتمل على المكيل والموزون حكم غير المراد منهما لو كان الحكم الذي أنيط بهما فيه منوطاً بهما وجوداً وعدمًا، كما هو الظاهر منه؛ لدلالته على وجود الحكم عند وجودهما بالمعنى المراد منهما وعدمه عند عدمه بذاك المعنى سواء وجدا بالمعنى الآخر أم لا.

١٣/١٩٣ قوله: في ثبوت الحكم بها.

أقول: يعني ثبوت الحكم باعتبار التقدير بالكيل والوزن في هذه الثلاثة. قوله: خصوصاً مع كون مرتبة كلّ لاحق.

أقول: كما عليه صاحب الحقائق في كلامه الآتي، نقله بقوله وما لم يعلم فهو بناء... إلى آخره.

١٥/١٩٣ قوله: في الجملة.

أقول: يعني أو في جملة البلدان وإن لم يكن أكثر بل ولو كان أقلّ. قوله: مطلقاً.

أقول: يعني إطلاق مراعاة الكيل والوزن فيما تعارف التقدير بهما في أكثر البلدان أو الأقلّ، ولزوم اعتبارهما فيه في جميع البلدان حتى فيما لم يتعارف فيه الكيل والوزن.

قوله: أو بالنسبة إلى كلّ بلد بلد.

أقول: الظاهر أنّه عطف على قوله: «عرفاً عاماً» لا على قوله: «مطلقاً»،

فافهم.

قوله: من الأمر الوارد بهما لو سلّم.

احتمال إرادة
ما ذكرنا في
كلام المحقّق
الأردبيلي
٢٣٣ : ٤

أقول: الجارّ متعلّق بالإرادة، وضمير التثنية راجع إلى الكيل والوزن في قوله: «إرادة الكيل والوزن»، وقوله: «لو سلّم» يعني لو سلّم ورود الأمر بهما واعتبارهما في صحّة البيع، ولأجل هذا نقل في السابق عن المحقّق الأردبيلي أنّه تأمّل في دلالة دليل على اعتبارهما في الصحّة .

٢٢- ٢١/١٩٣

قوله: فاللّازم اعتبار عرفهم لا عرف الشارع.

أقول: هذا عجيب من المصنّف عليه السلام؛ لأنّ كلام صاحب الحقائق ظاهر بل صريح في اعتبار عرف الأئمّة عليهم السلام لا اعتبار عرف الشارع صلّى الله عليه وآله.

المناقشة في
كلام صاحب
الحدائق ٢٣٤

٢٣/١٩٣

قوله: لمقطوعة ابن هاشم الآتية، فتأمّل.

أقول: بها رسالة عليّ بن إبراهيم بن هاشم التي ينقلها فيما بعد، ولعلّ الأمر بالتأمّل إشارة إلى الخدشة في الاستناد إلى الرواية؛ لإرسالها واحتمال كون مضمونها من فتوى علي بن إبراهيم ولا حجّة فيها. قال في مرآة العقول - بعد ذكر إرسال الرواية ما لفظه -: والظاهر أنّه فتوى عليّ بن إبراهيم أو بعض مشايخه استنبطه من الأخبار، وهذا من أمثاله غريب. انتهى.

وعلى هذا لا يبقى دليل على تقدّم العرف العامّ على العرف الخاصّ، أعني: عرف المتبايعين الذي يحتمل أن يراد هو من قوله: «سمّيت فيه كيلاً» بل هو الظاهر من عنوان ما يكال وما يوزن في الأخبار.

٢٦/١٩٣

قوله: ثمّ إنّّه يشكل الأمر فيما علم كونه مقدّراً.

أقول: قد مرّ هذا في قوله: «وكذا الإشكال لو علم التّقدير في زمن الشارع ولم يعلم كونه بالكيل أو الوزن» ولكن لم يذكر هناك مختاره فأعاد لأجل الإشارة إلى أنّ المسألة ذات وجوه ولبان مختاره منها.

ومن الوجوه: ما قوّاه من اعتبار ما هو أبعد من الغرر من الكيل والوزن

وغيرها.

الإشكال فيما
نو علم التّقدير
في زمان
الشارع لكن لم
يسلم كونه
بمسائل
يوزن في

ومنها: تعيّن اعتبار التقدير بالكيل باعتبار أنّ الغالب في المقدّرات في زمانه ﷺ كان هو الكيل فيلحق المشكوك بالغالب.

ومنها: تعيّن اعتبار الوزن باعتبار أنّه الأصل.

ومنها: أنّه ينظر إلى عادة الوقت نظراً إلى أنّه في حكم المجهول رأساً.

ومنها: أنّه يتخيّر بين التقديرين باعتبار عدم المرجّح لأحدهما على

الآخر.

ومنها: أنّه يتخلّص بمعاملة لا تقدح فيها الجهالة مثل الهبة بل والصلح

على الأقوى.

وهذا هو الأحوط بل الأقوى بناء على كون المدار عصره ﷺ، وأمّا بناء

على كون المدار عرف المتبايعين في جميع الأزمنة والأمكنة كما هو الظاهر من الأدلّة، فالأقوى ملاحظة عادة وقت المعاملة.

قوله: ٣٠/١٩٣ على وجوب التقدير بما بنى الأمر.

أقول: الجازّ الأوّل متعلّق بالجعل، والثاني بالتقدير.

قوله: ٢/١٩٤ على بعض تفاسيرها.

أقول: يعني به جعل المبيع الوارد عليه البيع المقيّد بتعلّق أحد هذه

الأُمور الثلاثة به بعد الانشاء بأن يقول: بعت ما ألامسه بعد ذلك أو أنبذه أو

أطرحه إليك أو ألقى الحصاة عليه، فإنّ المبيع على هذا مجهول عند البيع، وأمّا

التفسير الآخر فهو إنشاء البيع بنفس اللّمس والتبذ وإلقاء الحصاة كإنشائه

بالمعاطاة، ولا جهالة فيه على هذا التفسير.

وأما بيع الملاقيح: فهو بيع ما في أرحام الأمّهات، وبيع المضامين: فهو

بيع ما في أصلاب الفحول.

قوله: ٤-٣/١٩٤ وإلى بعض ما ذكرنا أشار ما عن عليّ بن إبراهيم.

أقول: لم يعلم المراد من الموصول بل الرواية منافية لما ذكره، فإنّه ذكر

الأولى جعل
المدار على
التقدير بما
بني في مقام
استغلام مالية
الشيء عليه
٤: ٢٣٦

لو اختلفت
البلاد في
التقدير وعدمه
٤: ٢٣٧-٢٣٨

أنّ المدار على بلد التقدير، ومرجعه إلى ملاحظة العرف الخاصّ، وإن كان العامّة على خلافه والرواية على العكس دالّة، فتأمّل.

ثمّ إنّ المنقول عن الكافي في حاشية مرآة العقول مشتمل على كلمة «عن أبيه» بعد «إبراهيم» قال عليه السلام: باب فيه جمل من المعاوضات عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن رجاله ذكره: قال: «الذهب بالذهب والفضّة بالفضّة وزناً بوزن سواء ليس لبعضه فضل على بعض»... إلى آخر الحديث، وهو طويل يقرب [من] مقدار ثلث الصفحة الكبيرة، ويساعد على وجودها فيه قوله في السابق: «لمقطوعة ابن هاشم الآتية»؛ إذ لولاها لا يكون المراد منها هذه المرسلّة؛ لأنّ المقطوعة حينئذ يكون لابن إبراهيم لا لابن هاشم، إلّا أن يكون من باب تسمية الشخص باسم جدّه.

٥/١٩٤

قوله: وعلى ما ذكرنا.

أقول: من أنّ لكلّ بلد حكم نفسه في صورة اختلاف البلدان.

٨/١٩٤

قوله: أو يبني على الإقراع.

أقول: هذا عطف على قوله: «رجّح»، يعني: أو يبني في صورة اختلاف بلدي المتعاقدين على الإقراع في تعيين أحد البلدين مع اختلافهما في إجراء حكم كلّ واحد منهما حكم بلده عليه ويبني على حكم البلد الذي اتّفقا على إجراء حكمه عليه مع الاتّفاق بينهما على ذلك.

قوله: التخيير.

أقول: الظاهر أنّ هذا عطف تفسير على «ما اتّفقا عليه» يعني: أو يبني على التخيير في تعيين البلد من بلديهما، هذا بناء على كون العطف بالواو، وأمّا بناءً على كونه بـ «أو» فهو عطف على الإقراع، يعني: أو يبني على التخيير في تعيين البلد، فقد يتّفقان في اعتبار بلد واحد وقد يختلفان، وبشكل حينئذٍ بأنّه في صورته الاتّفاق لا يكون إلّا عين ما ذكره في قوله: «وما اتّفقا عليه»، وفي

هل العبرة

ببلد المبيع

أو العقد

أو المتعاقدين؟

٤ : ٢٣٨

كلام كاشف

الغطاء في

المقام

٤ : ٢٣٨ - ٢٣٩

صورة الاختلاف لا يريد أحدهما إلا خلاف ما يريده الآخر، فلا يتمشى منهما إيقاع البيع، فلا يكون وجه لجعل هذا عدلاً للإقراع.
قوله: أو معاطاة. ٩/١٩٤

أقول: بناء على عدم اعتبار شرائط صحة البيع في المعاطاة، وإلا كما لعله الأقوى على ما هناك، فلا يمكن التخلص بها.

[إخبار البائع بمقدار المبيع]

قوله: ثم إن الظاهر اعتبار كون الخبر طريقاً للمقدار. ١٢/١٩٤
أقول: العبارة من هنا إلى قوله: «والأقوى» قد تضمنت أموراً:
الأول: إن الإخبار طريق إلى المقدار من باب التعبد العرفي العقلاني،

هل يعتبر كون
الخبر طريقاً
عرفياً للمقدار؟
٢٤٠ : ٤

لا من باب إفادته الظن فضلاً عن إفادته الوثوق والاطمينان كما يدل عليه قوله: «فلو لم يفد ظناً فإشكال»؛ إذ لو كان طريقاً فيما إذا أفاد الظن لم يكن مجال لذلك كما لا يخفى.

والثاني: الاستشهاد على ذلك بالروايات المتقدمة.

والثالث: إنه لا إشكال فيما إذا أفاد الظن لعدم الإشكال في ارتفاع الغررية حينئذ.

وفي الكلّ نظر، أمّا الأول: فلمنع طريقيته عندهم إلا فيما إذا أفاد الوثوق. وأمّا الثاني: فلما مرّ من المناقشة في دلالة الأخبار على اعتبار الأخبار في صحة المعاملة، وعلى تقدير دلالتها على ذلك لا بدّ من تقييد ما يدل عليه إطلاقه مثل قوله: «صدقناه وأخذناه بكيّله» لو كان له إطلاق بأن كان بمعنى حكمنّا وبنينا على صدقه مطلقاً ولو لم يحصل منه العلم أو الوثوق بالصدق، لا بمعنى اعتقدنا صدقه في إخباره بمفهوم قوله في رواية أبي العطار: «وإذا ائتمنك فلا بأس»، لأنّ الظاهر من الائتمان الوثوق والاطمينان.

١٣/١٩٤

قوله: والأقوى.

أقول: يعني الأقوى في صورة عدم إفادة الظنّ - التي هو مورد الإشكال - هو التفصيل بين أن يكون الغرر حكمة لاعتبار الكيل والوزن فيعتبر، ووجهه واضح، وبين كونه علة فلا يعتبر، بل يكفي البناء على الإخبار في الصحة لاندفاع الغرر بهذا البناء، نظير اندفاعه بالتوصيف في بيع العين الغائبة. وفيه: أن ما يدلّ على الاعتماد على إخبار البائع عن المقدار فيما يكال ويوزن، وهو ما مرّ من الأخبار الخاصّة لو سلّمت دلالتها عليه ليس فيها من الغرر أثر حتّى يقع الكلام في كونه حكمة فيحكم بكذا أو علة فيحكم بكذا، بل ظاهراً - على تقدير تسليم أصل دلالتها ثم إطلاقها من حيث إفادة الوثوق وعدمها - جواز الاعتماد على الإخبار وعدم لزوم الاعتبار، سواء كان هناك غرر أم لا، وهذا عين ما استشكل في صحته من جهة بقاء الغرر وعدم اعتباره بإخباره.

والنبوي وإن كان ظاهراً في عليّة الغرر ودوران الحكم مدار الغرر الفعلي وجوداً وعدمًا إلّا أنّه ليس فيه تعرّض لجواز الاعتماد على الأخبار، فلا بدّ في الحكم بارتفاع الغرر بمجرد البناء على إخباره وعدمه من مراجعة الوجدان، وقضيّتها عدم، وإلّا لكان اللازم صحّة البيع بمجرد البناء على مقدار خاصّ ولو لم يكن هناك إخبار من البائع، وهو كما ترى، وإلّا لزم لغوية اعتبار التقدير وعدم الحاجة إليه في الصحة إلّا في مورد نادر.

وأما بيع الغائب بالوصف فهو إمّا تعبّد على خلاف قاعدة نفي الغرر لو كان هناك دليل عليه، وسيأتي في خيار الرؤية أنّه لا دليل عليه، أو مقيّد بما إذا حصل الوثوق بالتوصيف بوجود الوصف كما هو الغالب على ما في تعليقة الأستاذ رحمته الله.

١٦/١٩٤

قوله: وعلى كلّ تقدير.

أقول: يعني وعلى كلّ تقدير من تقديري اندفاع الغرر بالبناء المذكور وعدمه، فالحكم في المسألة عند المشهور هو صحّة البيع بإخبار البائع بالمقدار، أمّا على التقدير الأوّل فواضح، وأمّا على الثاني فلأنّ النسبة بين إطلاق الأخبار الدالّة على جواز الاعتماد على إخبار البائع والنبوي عموم من وجه، والمرجع بعد التساقط في مورد التعارض وهو صورة الإخبار الغير الموجب للظنّ هو العمومات المقتضية للصحة.

١٨/١٩٤ - قوله: بخلاف الجزء والكلّ، فتأمّل. ثبوت الخيار

أقول: إشارة إلى فساد التوجيه وأنّ الجزء والكلّ مشتركان في أصل الحقيقة؛ ضرورة أنّ الحنطة الخارجيّة لا تختلف حقيقتها بنقصان مكّيال منها وعدمه، وإنّما الاختلاف بينهما في وصف راجع إلى الكمّ لا الكيف.

٢٠/١٩٤ - قوله: إنّ هذا ليس من خيار الوصف. تخيل بعض أن

أقول: بل من خيار الغبن. الثابت خيار

٢١/١٩٤ - قوله: رجع المشتري بالناقص. دفع التخيل

أقول: ومن المعلوم أنّه لا يرجع بالناقص في خيار الغبن. المذكور

٢٢/١٩٤ - قوله: والإمضاء بحصّة معيّنة من الثمن. الغبن ٤: ٢٤٢

أقول: ومن أنّه لا يصحّ ذلك في خيار الغبن.

٢٧/١٩٤ - قوله: فإنّ معرفة وجود الصحّة.

أقول: تعليل للأولويّة.

[بيع الثوب والأرض مع المشاهدة]

٣٣/١٩٤ - قوله: يشكل الحكم بالجواز في كثير من هذه الموارد. الإشكال في

أقول: موضوع حكمهم بالجواز مع المشاهدة ما يرتفع بها الغرر فيه، كما في الثوب المخيط والقرى لا مطلقاً ولو لم يرتفع الغرر بها، كما في الثوب الغير المخيط وبعض الأراضي في بعض الأمكنة والبلاد، وعليه لا إشكال.

[بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء]

٧/١٩٥

قوله: مشاعاً في الجملة.

أقول: أي في جملة الصبرة ومجموعها وكذا في العبدین.

عدم الإشكال
في الصّحة في
هذه الصورة
٢٤٧ : ٤

١٣/١٩٥

قوله: بالجهالة التي يبطل.

أقول: يعني الجهالة وعدم تعيّن المبيع عند المتبايعين سواء كان له تعيّن في الواقع، كما في الفرض الآتي نقله من التذكرة، أعني: فرض تلف أحدهما عند البيع أم لا، كما في صورة وجودهما، فحينئذ يكون الجهالة أعم من الإبهام، ونظر المستدلّ بذلك على عدم التعيّن عند المتبايعين لا إلى عدم التعيّن الواقع، ونظر المستدلّ بالإبهام إلى العكس.

عدم الاشكال
في البطلان مع
اختلاف
المصاديق في
القيمة ٢٤٨ : ٤

١٤/١٩٥

قوله: ويؤيده أنّه حكم في التذكرة مع منعه.

أقول: يعني يؤيد كون المبطل هو الإبهام لا الجهالة؛ إذ لو كان جهة البطلان هو الجهالة لكان اللازم هو الحكم بالبطلان في بيع الباقي بعد تلف أحدهما لوجود الجهالة، بخلاف ما إذا كان جهته الإبهام في الفرض، ولعلّ الوجه في التعبير بالتأييد احتمال أن يكون وجه البطلان عنده في صورة بيع أحدهما اجتماع الجهالة والإبهام معاً.

الاستدلال على
المنع بالجهالة
والإبهام والغرر
وكون الملك
محتاجاً إلى
محلّ يقوم به
٢٤٩ : ٤

١٦/١٩٥

قوله: لأنّ الواحد على سبيل البدل غير مجهول؛ إذ لا تعيّن.

أقول: فيه نظر؛ إذ ليس المراد من المجهول ما جهل تعيّن عند المتبايعين بناء على كون الجهل ضدّاً للعلم حتى يكون من قبيل الموجبة التي لا بدّ فيها من وجود الموضوع في الواقع، وهو تعيّن المبيع، ولا ما لم يعلم تعيّن عندهما بناء على كونه نقيضاً له حتّى يكون من السالبة الظاهرة في المنتفية المحمول حتّى لا يصدق على الواحد المردّد، بل المراد منه ما لم يتعيّن عندهما ولو لم يكن له تعيّن واقعيّ فيصدق عليه أيضاً، كما يظهر من معاقد الإجماعات على ما اعترف به، فمنع هذه المقدّمة ليس في محلّه.

الجواب عن
محذور الجهالة
٢٤٩ : ٤

١٧/١٩٥ قوله: ففي السرائر بعد نقل الرواية.

أقول: ظهور صدق المقدمة الثانية وهي مبطلية الجهالة مطلقاً ولو لم يكن هناك غرر من السرائر والخلاف محلّ نظر؛ لأنّ كلامهما في صورة لزوم الغرر من الجهالة؛ لأنّ مورد كلام السرائر على ما قيل هو المختلف الأجزاء غالباً في القيمة، وهو صورة اختلاف قيمة العبدین، وأمّا الخلاف فلاّنه نصّ بذلك في دليله الثاني، فصدق المقدمة الثانية في مورد كلامهما لا يقتضي صدقها عندهما في مورد كلامنا، وهو صورة عدم اختلاف القيمة.

٢٥/١٩٥ قوله: يظهر حال الوجه الثاني.

الجواب عن
محذور الإبهام
٢٥٠ : ٤

أقول: يعني من حيث الكبرى وهو مبطلية الإبهام، وأمّا من حيث الصغرى - أعني: صدق المبهم على الواحد المرّد - فلا اشكال فيه.

٢٦/١٩٥ قوله: في الكلبي من هذه الافراد.

الجواب عن
محذور الغرر
٢٥١ : ٤

أقول: يعني الكلبي المنتزع من هذه الأفراد المتّفقة في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة.

قوله: وأيضاً فقد جوّزوا^(١) بيع الصاع الكلبي من الصبرة.

أقول: وهو القسم الثالث الذي يأتي عنوانه فيما بعد.

٢٧/١٩٥ قوله: ولذا ردّ في الإيضاح.

أقول: يعني لأجل عدم الفرق بين الكلبي والفرد المرّد في الغرر، ردّ في

الإيضاح... إلى آخره.

٣٢/١٩٥ قوله: فالدليل هو الإجماع.

انحصار الدليل
في الإجماع
لو ثبت ٢٥٢ : ٤

أقول: يعني الدليل على البطلان ليس الأدلة المتقدّمة لعدم تماميّتها، بل الإجماع لو ثبت، لكنّه على فرض ثبوته لا يجدي؛ لقوّة احتمال استناد الكلّ أو الجمل إلى تلك الأدلة.

٣٤/١٩٥

قوله: وإن قصدا مُعَيَّنًا من غير تعيين.
أقول: أي موجوداً خارجياً من غير تعيين له في الخارج، بل كان مردداً
بين شيئين وأشياء، فالمراد من تعيُّنه تشخُّصه الخارجي قبال الكلِّي، والمراد
من عدم تعيينه هو التردد، فلو قال: إن قصداً فرداً مردداً لكان أحسن.
قوله: أو كلياً لا على وجه الإشاعة.

أقول: يعني كلياً في المعين.

قوله: وكونه بيع المعدوم.

أقول: هذا عطف على «الإبهام» ويحتمل عطفه على «الحصول»
وباختلاف الأغراض يحتمل أن يكون عطفاً على الكون، ويحتمل أن يكون
عطفاً على «بالإبهام»، وعليه كان الأولى إسقاط الجار، وضمير «به» راجع إلى
الغالب، وضمير «فيه» إلى الثاني المراد منه بيع الكلِّي على وجه الإشاعة.

١/١٩٦

قوله: وارتفاع الجهالة في الخصوصية.

أقول: يعني ارتفاع الجهالة في الخصوصية الشخصية للمبيع في بيع
الكلِّي، لا على وجه الإشاعة من جهة عدم اعتبار الخصوصية الخارجية،
والتشخص الخارجي في المبيع في الفرض المذكور لا يثمر في رفع الغرر في
البيع المذكور؛ وذلك لحصول الجهالة في الماهية والكلِّي لا على وجه الإشاعة
من جهة اختلاف الأغراض بين أفراد هذا الكلِّي وأجزاء ما جعل مخرجاً لهذا
الكلِّي كالصبرة والطاقة.

٢/١٩٦

قوله: عموم وخصوص من وجهين.

أقول: التثنية بطريق التوزيع، يعني: عموم من وجه وخصوص من وجه،
أمّا عموم مصطلح الشرع في الغرر فوجوده في بيع شيء مكيل أو موزون
بمثله في المقدار والقيمة بدون الكيل والوزن بدون الغرر في مصطلح العرف؛
لانتفاء الغرر فيه عرفاً.

وأما عموم مصطلح العرف في الغرر فلو جوده في بيع الآبق مع الضميمة دون الغرر في مصطلح الشرع؛ لانقضاء الغرر فيه شرعاً، ومع ذلك لعل دائرة المعاملات الخالية عن الغرر الشرعي - أي المحكومة بالصحة - أضيق وأقل من دائرة المعاملات الخالية عن الغرر العرفي؛ لأن المعاملات المشتملة على الغرر الشرعي - أي المحكومة بالبطلان لأجل الغرر الشرعي - أوسع وأكثر من المعاملة المشتملة على الغرر.

ومن هنا يظهر أنه لو قال: ولعل الدائرة في الشرع أوسع، لكان أحسن،

فافهم.

٣/١٩٦ - ٤: قوله: أردت معيّنًا.

أقول: يعني فرداً لكن من غير تعيين له فيبطل.

٥/١٩٦ قوله: وَأَصَالَةُ الصَّحَّةِ لَا تَصْرَفُ الظَّوَاهِرَ.

أقول: لحكومة الأمانة التي منها الظواهر على الأصل العملي الذي منه أصالة الصحة بناء على مختاره من كون حجّة الأول من باب الكشف والثاني من باب التعبد، وأما بناء على اعتبار الثاني من باب الغلبة الذي لازمه كونه أيضاً من الأمارات فلا ينبغي الإشكال في قدحها في الظواهر، فإنّها حينئذٍ تصير قرينة على خلاف الظاهر. ولعلّه إلى هذا ينظر بعض من قارب عصره فيما ذهب إليه، وكذلك ينبغي قدحها فيها فيما إذا كان الظاهر حجّة من باب الظنّ الشخصي، أو من باب السببية المقيّدة بعدم قيام ظنّ على خلافه فيما إذا حصل هناك ظنّ من أصالة الصحة.

لكن التحقيق حجّة الظواهر من باب أصالة الظهور مطلقاً ولو قام ظنّ غير معتبر على خلافه، وحجّة أصالة الصحة من باب التعبد عند عدم العلم بالواقع، فيكون الظاهر حاكماً عليها؛ ولهذا تنظر فيما ذكره بعض من قارب عصره.

لو اختلفا
فادعى
المشتري
الإشاعة وقال
البائع: أردت
معيناً ٤: ٢٥٣

قوله: وأما أصالة عدم التعيين فلم أتحمقها.

أقول: نفي تحققها يتم لو كان مورد كلام العلامة رحمته الله صورة كون الكلام ظاهراً في التعيين؛ حيث إن الأصل لا بد فيه من الشك، ومع ظهور الكلام في التعيين لا يبقى شك فيه تعبدًا حتى يرجع إلى أصالة وعدمه، لكن يحتمل أن يكون كلامه فيما إذا لم يكن ظهور لا في هذا ولا في مقابله؛ وعليه لا يتم نفي تحققها؛ إذ بناء عليه يشك في تعيينه في قصده، أي أصالة عدم إرادته للتعيين. نعم يرد عليه أن الأثر مترتب على إرادة الإشاعة، وهو لازم عقلي لعدم إرادة التعيين، فلا يثبت بأصالة عدمه إلا على الأصل المثبت، مضافاً إلى معارضتها لأصالة عدم إرادة الإشاعة.

٨-٧/١٩٦

قوله: إن المبيع هناك واحد.

أقول: «هناك» إشارة إلى الثاني، والمراد من الواحد: الواحد الخارجي الموجود في الخارج. وقوله: «غير معين» صفة للواحد. قوله^(١): فيكون بيعه مشتملاً على الغرر.

٨/١٩٦

أقول: قد مر من المصنّف رحمته الله منع الغرر فيه، وأن دليل البطلان هو الإجماع لو ثبت.

قوله: غير متشخص ولا يتميز بنفسه.

أقول: يعني غير متشخص بالتشخيص الفردي، ولا مميز بنفسه بدون الخصوصيات الوجودية والتشخصات الفردية.

٩/١٩٦

قوله: وتنزل على واحد منها مشاعاً.

أقول: يعني مشاعاً في تلك الجملة، والمراد بالإشاعة الإشاعة الأفرادية والمصادقية التي هي عبارة عن دوران الكلّي بين المصاديق، دون الإشاعة الأجزائية التي هي عبارة عن اشتراك الشريكين في كلّ جزء فرض من العين

الفرق بين
الوجه الثاني
والثالث ٤: ٢٥٤

(١) في الأصل: أقول، وهو سهو.

كما في الوجه الأول، أعني: الكسر المشاع، فلا يشكل عليه أن الفرض هو الفرق بين الوجه الثاني وبين الثالث، والتنزيل على الواحد المشاع يقتضي صرف الكلام إلى الوجه الأول.

١٢/١٩٦ قوله: من هذه.

أقول: أي الصيعان المتفرقة.

٢١/١٩٦ قوله: فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر وإما بيع الكلّي في الخارج.

الرد على
أدلة البطلان
٤ : ٢٥٦

أقول: على الثاني يكون موردها عين محلّ البحث، وعلى الأول تدلّ على الصحة في محلّ البحث بالأولوية؛ لأنّ كلّ من قال بالصحة فيه قال بها في المقام ولا عكس، وعدم العمل بها في موردها على الأول لا يوجب حجّيتها في المقام؛ لأنّ الملازمة بين المدلول المطابقي والالتزامي إنّما هي في أصل مرحلة التحقق لا في مرحلة الحجّة، فيمكن كون اللفظ حجة في المدلول الالتزامي مع عدم كونه حجة في مدلوله المطابقي لجهة من الجهات، فتأمل فإنّه مشكل في مثل المقام ممّا إذا كان عدم حجّيته فيه لأجل الاعراض. نعم لا بأس به إذا كان لأجل المعارضة.

[بيع صاع من صبرة]

٢٢/١٩٦ قوله: لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الوجه.

لو باع صاعاً
من صبرة فهل
ينزل على
الكسر المشاع
أو الكلّي في
المعين؟ ٤ : ٢٥٧

أقول: ينبغي أن يكون محلّ النزاع في المسألة ما علم أنّه لم يرد من: بعثك صاعاً من صبرة مثلاً، إلّا مدلوله الظاهر فيه، أي شيء كان، نظير ما تقدّم في تحرير محلّ النزاع في بيع نصف الدار من صورة العلم بأنّه لم يقصد من: بعث نصف الدار، إلّا مفهوم هذا اللفظ، أي ما هو ظاهر فيه، فالنزع في تعيين ظهور اللفظ كي يعلم المراد منه، فالشك في المراد ناشٍ من الشك في الظهور بحيث لو علم به لما بقي شك في المراد.

والوجه فيما ذكرناه أنّه لا معنى لهذا العنوان فيما إذا علم قصد الإشاعة

أو الكلّي في الخارج أو الفرد المنتشر بعد ما تقدّم الكلام في حكمها تفصيلاً.
وكذا لا معنى له فيما إذا قصد أحد الوجهين: الإشاعة أو الكلّي في
الخارج وشكّ في تعيينها؛ لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون الشكّ للمتعاقدين كما إذا
نسيا أن قصدهما كان على طبق ظاهر اللفظ أو على خلافه، وإمّا أن يكون
لثالث غيرهما.

وعلى الأوّل لا معنى للرّجوع إلى الظهور، كما هو قضيّة الاستدلال في
جامع المقاصد بالتبادر والسبق إلى الفهم، بل لا بدّ من المشي على قواعد العلم
الإجمالي بوقوع المعاملة على أحد النحوين.
وعلى الثاني، فإنّما أن يكون الثالث الشاكّ هو القاضي بأن اختلفا في
كيفيّة ما أوقعاه من المعاملة وترافعا إليه أو يكون شخص آخر غير القاضي.
وعلى الأوّل، لا بدّ من إعمال موازين القضاء من البيّنة واليمين لو كان
المورد من موارد الدعوى والإنكار والتحالف لو كان من موارد التداعي.
وعلى الثاني، لا بدّ من أن يعمل بمقتضى علمه الإجمالي بوقوع المعاملة
بإحدى الكيفيّتين، وملاحظة شرايط تنجيزه وعدمه من الابتلاء ومن حيث
الانحلال وعدمه.

وبالجملة: ليس النزاع هنا في الشبهة الموضوعيّة، أي تشخيص مراد
المتعاملين بعد الفراغ عن حكم مرادهما، وإنّما النزاع في حكم الشبهة الحكميّة
الناشئة من الشبهة في تعيين ظهور اللفظ بعد الفراغ عن إرادة ما يكون اللفظ
ظاهراً فيه. والحقّ فيه الحمل على الكلّي في الخارج؛ لما ذكره المحقّق الثاني
من ظهور اللفظ فيه لتبادره إلى الفهم ومن خبر الأطنان المذكور في المتن.
وجه الدلالة أنّ مورده صورة قصد مدلول اللفظ المذكور فيه، ومع ذلك
قد حكم الإمام عليه السلام فيه في مفروض السؤال، وهو تلف ما عدا مقدار المبيع
بحكمين، بأحدهما بالدلالة المطابقة وهو كون التالف من البائع خاصّة،

وبالآخر بالدلالة الالتزامية وهو صحة هذه المعاملة.

فمن الحكم الأول يعلم عدم ظهوره في الكسر المشاع؛ لأن الحكم فيه كون التلف منهما بالثلث والثلثين لا من البائع خاصة.

ومن الحكم بالثاني يعلم عدم ظهوره في الفرد المنتشر، للإجماع على البطلان فيه، إلا أن يناقش في ذلك ويقال: أن غاية ما يستفاد من حكم الإمام عليه السلام بما ذكر من الحكمين إرادة الكلّي في الخارج من اللفظ المذكور وهو أعم من ظهوره فيه كما هو المدعى ولا دلالة للأعم على الأخص.

هذا مع ما مرّ من الخدشة في الإجماع على البطلان في الفرد المنتشر، فالعمدة هو التبادر.

٢٧-٢٦/١٩٦ قوله: ويمكن دفع الأول بأن مقتضى الوضع في قوله.

الجواب عما
استدلّ به في
جامع المقاصد
٤ : ٢٥٨

أقول: إن أراد به أنه مقتضى وضع لفظ «الصاع» من حيث هو، ففيه: أن مقتضاه فيه كسائر أسماء الأجناس إرادة الجنس دون الفرد، وإن أراد أنه مقتضى وضعه بلحاظ اقترانه بالتنوين، وإن شئت قلت: مقتضى وضع التنوين، ففيه: أنه يتم لو كان التنوين للتكثير وكان النكرة موضوعة للفرد المنتشر ومن الممكن كونه للتمكن، والتحقيق وضع النكرة للكلّي المقيد بالوحدة لما قرّر في الأصول.

وإن أراد أنه مقتضى وضعه بلحاظ اقترانه بكلمة «من» في قوله: «من صبرة»، ففيها: أنها إن كانت للتبويض كما هو الظاهر فلا ظهور فيه في الفرد المنتشر لملاءمته مع الكلّي في المعين أيضاً بل هو الظاهر منه؛ لأن إرادة الفرد تحتاج إلى لحاظ تجزئة الصبرة إلى الصيعان وتصورها أفراداً عديدة، وهو خلاف الأصل، وإن كانت للنشوء فالظاهر منه الكلّي في المعين؛ لأن الصبرة وإن كان لها ظهور في التمام قبال البعض إلا أن لازم كون الصاع من تمامها قبال بعضها هو الإشاعة، بمعنى إخراج الصاع من جميع الصبرة لا من بعضها دون

البعض الآخر، وقد أشار إليه بقوله: «وظاهره الإشاعة»؛ لأنّ المقدار المذكور من مجموع الصبرة مشاع فيه؛ إذ يكفي في صحّة كونه منها كونه من طرف خاصّ منها؛ إذ المدار في تحقّق كون شيء مخرجاً لشيء آخر كونه جزءه على التوسعة.

وبالجملة: لفظ «الصاع» الذي هو اسم جنس وموضوع للجنس، والكلّي بناء على كون تنوينه للتمكّن أو موضوع للكلّي المقيّد بالوحدة على التحقيق في وضع النكرة بناء على كونه للتكثير الظاهر منه فيما اتّصل بكلمة «من صبرة» هو الصاع الكلّي الخارج منها، وهذا هو السرّ فيما اعترف به أخيراً بقوله: «لكن الانصاف أنّ العرف».

٣٠/١٩٦

قوله: لأجل القرينة الخارجيّة.

أقول: يعني بها الإجماع على بطلان بيع الفرد المنتشر.

قوله: ويدلّ على عدم الإشاعة من حيث.

أقول: يعني يدلّ من حيث الحكم على عدم الإشاعة - بالكسر - المشاع لما تقدّم من أنّ الحكم المذكور منافٍ للإشاعة.

قوله: ولذا كان اختيار التعيين بيد الوارث فيما إذا أوصى بواحد من

٣٤ - ٣٣/١٩٦

متعدّد.

أقول: الاستشهاد بذلك فيما إذا كان الموصى به كلياً في الخارج وكانت الوصيّة تملكيّة بأن قال: واحد من هذه العبيد لزيد، وإلّا فلو كانت الوصيّة عهدية بأن قال: أعطوا زيداً أحد عبيدي، أو كان الموصى به الفرد المردّد الذي تقدّم أنّهم صرّحوا بجواز تملكه في الوصيّة، فأمر التعيين وإن كان أيضاً بيد الوارث إلّا أنّه غير مربوط بمحلّ البحث.

الانصاف
أن العرف
يفهمون الكلّي
٤: ٢٥٨-٢٥٩

١- كـ
التخيير في
تعيينه بيد
البائع ٤: ٢٥٩

٤/١٩٧ هـ قوله: ومنها أنه لو فرضنا أن البائع بعدما باع صاعاً من جملة باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر فالظاهر أنه إذا بقي.

أقول: فيما ذكره نظر؛ لأن البيع ثانياً وإن كان ينحصر مصاديقه القابلة لانطباقه عليها فيما عدا المبيع أولاً من حين صدور البيع الثاني، إلا أن المبيع أولاً يطرأ عليه ذلك، أي انحصار مصاديقه فيما عدا المبيع ثانياً من حين صدور البيع الثاني بعد أن لم يكن كذلك قبله، فبعد زمان البيع الثاني يكون كل واحد من الصيعان المشتمل عليها الصبرة قابلاً لتطبيق البائع كل واحد من الصاعين المبيعين عليه في عرض واحد، ويكون البائع مخيراً في جعل كل واحد منها مصداقاً لكل واحد من المبيعين على نحو التخيير بينهما في عرض واحد بعد أن كان مخيراً في جعله مصداقاً للمبيع الأول، فكل ما تلف من الصبرة ونقص من الصيعان تتضيّق أطراف ما كان التخيير في جعله مصداقاً لأحد المبيعين حتى لا يبقى إلا مصداق واحد، فيتعيّن جعله مصداقاً لأحدهما لا بعينه، فلا وجه لتخصيصه بالأول، بل البائع مخير في جعله مصداقاً لأحدهما كما كان مخيراً فيه قبل التلف وانحصار المصداق فيه.

٩/١٩٧ قوله ﷺ: كلاً أو بعضاً.

أقول: الأول فيما إذا كان الجزء المعين بمقدار المبيع والثاني فيما إذا كان أزيد منه.

٧/١٩٧ قوله: إنما يبقى كلياً ما لم يقبض.

أقول: بل ما لم يتعيّن في ضمن فرد، وبين التعيين وبين الإقباض عموم من وجه؛ لتحقق الأول دون الثاني في التعيين قبل الإقباض، والعكس في إقباض الجميع بدون تعيين فرد للمبيع الكلي.

٨/١٩٧ قوله: حصلت الشركة.

أقول: فيه نظر؛ إذ لا وجه له إلا لزوم الترجيح بلا مرجح لولاه، وهو مبني

صور إقباض
الكلي
٤: ٢٦٠-٢٦١

على مال المشتري بهذا النحو من الإقباض، وهو ممنوع؛ لأنه لا يكون بيده إلا بعد خروجه عن الكلّي وانقلابه إلى الشخص الخارجي كذلك إلا بالتعيين إمّا بتعيين البائع أو المشتري برضا البائع، وإمّا بالتعيين القهري كما إذا تلف ما عدا مقدار المبيع، والمفروض انتفاء الكلّ، فلا يكون ماله بيده، فيكون كلّ ما في يده للبائع، فيحسب التالف عليه قبل التعيين كما في ما قبل القبض، ومنه يظهر منع صدق الوفاء على هذا الإقباض المجرد عن التعيين.

قوله: حاصل فعلاً لتحقيق الإقباض. ١١/١٩٧

أقول: بل غير حاصل فعلاً؛ لعدم كفاية الإقباض المجرد عن التعيين المفروض انتفاؤه كما عرفت.

قوله: حيث إنّ في مسألة الاستثناء. ١٥/١٩٧

أقول: والحال أنّ المبيع فيها كمسألة بيع صاع من صبرة بعض من جملة تعلّق به البيع وبقي الآخر في ملك البائع المالك.

قوله: وربما يفرق. ١٦/١٩٧

أقول: هو صاحب الجواهر.

قوله: أو بيان الفارق وخروجها عن القاعدة.

أقول: يعني بيان الفارق بين مورد الصحيحة وبين مسألة الاستثناء، وبيان وجه خروج مسألة الاستثناء عن القاعدة المستفادة من الصحيحة، ويمكن أن يختار هذا ويقال في وجه الفرق: بأنّ مفاد الاستثناء إبقاء الملكية السابقة على البيع في المقدار المستثنى، غاية الأمر كانت قبل البيع في ضمن ملكيّة الكلّ وصارت فيه بعد البيع مستقلّة، وهذا غير قابل لأن يكون بنحو الكلّي في المعين، بل ينحصر في كونه بنحو الإشاعة، وإلاّ لم يكن إبقاء الملكية بل كان إحداثاً للملكيّة الجديدة؛ إذ لم يكن ملك البائع للمستثنى قبل البيع من قبيل ملك الكلّي في المعين، وهذا بخلاف بيع صاع من صبرة، فإنّ مفاده تملك

ظاهراً تنزيل
الأرطال
المستثناة على
الإشاعة ٤: ٢٦٢

الفرق بين
المسألين
بـالنص
والناقصة فيه
٤ : ٢٦٢

الكلي في المعين على ما قوّاه فيما سبق، فالمستفاد من الرواية وإن كان حكم القاعدة، إلا أن اللازم منه التعدي إلى ما كان مماثلاً لموردها لا إلى غيره.

قوله: وأضعف من ذلك الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة.

الفرق بينهما
بالإجماع
والمناقشة فيه
٢٦٢ : ٤

أقول: في التضعيف نظر؛ لأنّ دعوى القطع بعدم استنادهم إلى نصّ خاصّ مع أنّها مجازفة معارضة بالقطع بعدم استنادهم إلى التشهي الصرف، بل لعلّ هذا أرجح من ذاك، فافهم.

قوله: باعتبار القبض في لزوم البيع.

الأضعف في
الفرق بين
المسألتين
٢٦٣ : ٤

أقول: الجارّ متعلّق بالفرق، والإيجاب عطف على الاعتبار.

قوله: أو ثبوت الكلي في الذمة.

أقول: فما دام يمكن تحصيل فرد منه يجب.

وجه الأضعفية
٢٦٣ : ٤

قوله: عن مصادره.

أقول: بل دور مضمر.

قوله: بأنّ التلف من الصبرة.

مثله في
الضعف : ٢٦٣

أقول: يعني أنّ مورد حكم المشهور بكون التالف على البائع فقط في مسألة بيع صاع من صبرة صورة كون التلف قبل قبض الصاع المبيع، ومورد اتفاق الأصحاب على حساب التالف على البائع والمشتري بحسب حصّتهما في مسألة الاستثناء صورة كون التلف بعد قبض المشتري تمام الثمرة المستثنى منه بعنوان أخذ حقّه وماله والمستثنى بعنوان الأمانة على تحقّق الملك للبائع بالنسبة إلى هذا المستثنى ملكاً فعلياً، الحاصل بقبض مقدار حقّه، المتحقّق بمجرد كونه في يده في ضمن الكلّ بعد العقد، وإن شئت قلت: بعد قبض البائع حقّه في ضمن الكلّ وإتباض الكلّ للمشتري الموجب لكونه بالنسبة إلى ما عداه إيفاء هذا بناء على كون ملك البائع للمستثنى ملكاً جديداً حاصلاً من شرائه من مشتري الثمرة كما يظهر من المصنّف، وأمّا بناء على أنّه عين الملك

السابق وأن مفاد الاستثناء إبقاؤه في ملكه كما هو الحق، فلا وجه لاعتبار القبض فيه أصلاً.

قوله **يَبْرُكُ**: بعد قبض المشتري.

وجه الضعف

٢٦٤:٤ - ٢٦٥

أقول: أي قبضه حقّه، وهو المستثنى منه في ضمن قبض الجميع.
قوله: فالاشتراك كان حاصلًا عند البائع قبل قبض المشتري الثمرة؛ لأنّه كان في يده وقبضه في ضمن الكلّ بعد العقد وقبل الدفع إلى المشتري، وهذا المقدار من القبض كافٍ في تملك مالك الكلّي للفرد فعلاً.
وحاصل الجواب: منع كفاية ذلك فيه، بل لا بدّ فيه من كونه بإقباض مالك الكلّ وهو المشتري في مسألة الاستثناء.

هذا، وفيه: أنّه وإن كان يعتبر في صحّة قبض الكلّي أن يكون بإقباض مالك الكلّ، إلّا أنّ كون مالك الكلّ في تلك المسألة هو المشتري ممنوع؛ لأنّه مبنيّ على كون المبيع فيها تمام الثمرة، وأنّ الاستثناء وقع بعد صيرورة تمامها ملكاً للمشتري بحيث يكون البائع قد استثنى من الثمرة الأبطال بعد بيعها ونقلها إلى المشتري في ضمن الكلّ.

ولا يخفى أنّ الاستثناء لا يفيد هذا المعنى، وإنّما مفاده كون المبيع غير الأبطال، وأنّ الأبطال باقية في ملك البائع بالملك الذي كان له قبل البيع، فيكون مالك الملك حينئذ في مسألة الاستثناء - مثل مسألة بيع صاع من صبرة - هو البائع، فيكون الثمرة بيده قبضاً لا يحتاج إلى إقباض المشتري، وإنّما يحتاج إلى ذلك في صحّة قبض المشتري ماله وهو المستثنى منه، لكن في لزوم ملكه الفعلي لا في فعليّة ملكه؛ لأنّ اشتراه مال شخصي وهو الثمرة الخارجيّة المحدودة بحدّ الاستثناء لا كليّ في المعين، فبعد إقباضه إلى المشتري تمام الثمرة يصير المستثنى بيد المشتري أمانة والمستثنى منه ملكاً فعليّاً له، فالثمرّة بعد قبض المشتري إياها مشتركة بينهما؛ لمسألة بطلان الترجيح بلا مرجّح لو

صحّت في المقام كما عليها المصنّف رحمته، فكلّ ما تلف فتلف منهما، مثل مسألة بيع صاع من صبرة بعد قبض جميع الصبرة بلا فرق بينهما، لا في كون الملك من قبيل الكلّي في المعين حين المعاملة، ولا في الإشاعة فيما بعد القبض الموجب لحساب التالف عليهما.

هذا كله بالقياس إلى ما بعد القبض في المسألتين، وأمّا بالقياس إلى ما قبله فلا فرق بينهما أيضاً في كون ملك البائع في مسألة الاستثناء وملك المشتري في مسألة بيع صاع من صبرة كلياً في المعين حين العقد، إلّا أنّه باقٍ على كليّته بعد البيع أيضاً في مسألة بيع الصاع وعدم تشخّصه في ضمن الخارج الذي لازمه عدم حساب التالف على مالكة أصلاً، بخلافه في مسألة الاستثناء، فإنّه وإن كان كلياً في مرحلة تعلّق البيع إلّا أنّه بمجرد تحقّق البيع يخرج عن الكلّية إلى الجزئية الذي لازمه الإشاعة بمقدّمة بطلان الترجيح بلا مرجّح.

والفرق بينهما من هذه الجهة هو أنّ سبب الخروج عن الكلّية - أعني: تحقّق القبض من مالك الكلّي بناءً على ما ذكره المصنّف من خروج الكلّي بذلك عن الكلّية - موجود في مسألة الاستثناء لما مرّ أنّ ماله بيده مقارناً للبيع وهو قبض، ولا حاجة في كونه قبضاً إلى إقباض المشتري بخلاف بيع الصاع، ولو فرض وجود ذلك في مسألة بيع الصاع، بأن فرضنا كون الصبرة المبيع منها صاع في قبض المشتري حال العقد لقلنا بالإشاعة فيها أيضاً.

وبالجملة: إشكال الفرق بين المسألتين منحصر بما قبل القبض، ويندفع بأنّ الفرق بينهما بوجود سبب التنزيل على الإشاعة، أعني: تحقّق القبض من مالك الكلّي الموجب لانقلابه إلى الجزئي في مسألة الاستثناء، وعدم وجوده في المسألة الأخرى. وإنّ أن تقول بالإشاعة في مسألة الاستثناء من أوّل الأمر ومن حين الاستثناء بلحاظ وقوعه حال كونه بيده وفي قبضه الموجب للإشاعة، فيكون قرينة على إرادتها، بخلاف مسألة بيع الصاع، فيحمل على

معناه العرفي، وهو الكلّي في المعين لانتفاء هذه القرينة فيها.
 هذا، لكنّه مبنيّ على كون قبض ما يشمل على مقدار الكلّي مخرجاً له
 عن الكلّيّة إلى الجزئية، وقد مرّ الإشكال فيه.
 فالتحقيق في رفع الإشكال أن يقال: إنّ مبنيّ على كون ملك البائع
 للمستثنى بنحو الكلّي في المعين، وهو مبنيّ على كون مفاد الاستثناء ملكيّة
 جديدة، وهو اشتباه صرف، وإنّما مفاده إبقاء الملكيّة السابقة، وهو منحصر بأن
 يكون بنحو الإشاعة في الكلّ لتحقيقه في السابق، بخلاف الكلّي في المعين، كما
 لا يخفى.

قوله: إذ يبقى سؤال الفرق. ٣١/١٩٧

أقول: قد تقدّم بيان الفرق بينهما.

قوله: كما يشعر به فتوى جماعة. ٣٤/١٩٧

أقول: يعني يشعر بعدم الاشتراك ووجه الإشعار أنّه بناء على الاشتراك
 بمجرد العقد لا وجه لوجوب أدائه من خصوص الباقي، بل تخير بينه وبين أدائه
 من غيره كما في سائر موارد الضمان.

ويمكن أن يقال: بأنّ الوجه فيه مع الاشتراك كونه أقرب إلى التالف من
 غيره، بل يمكن أن يقال: بأنّه يدلّ على الاشتراك؛ إذ مقتضى تخصيصهم الحكم
 بصورة التفريط أنّه مع عدمه لا يجب أدائه من الباقي، وحينئذٍ فيما أن يجب
 أدائه من غيره وإما أن لا يجب أدائه بالمرّة، بمعنى عدم ضمانه له وضمانه من
 كيس البائع وتلفه منه، ولا مجال للأول؛ لأنّ حقّ البائع إن كان من قبيل الكلّي
 في المعين كما تقول فلا بدّ من أدائه من خصوص الباقي، وإن كان بنحو
 الإشاعة فكذلك أيضاً؛ لما مرّ من كون الباقي أقرب إلى التالف، فتعيّن الثاني
 وهو من لوازم الإشاعة؛ إذ معناه كون التالف من البائع بمقدار حصّته، ولا يكون
 ذلك إلّا مع الإشاعة، فتأمّل كي تعرف أنّ ما ذكره بعض المحشّين في هذا المقام

لم يقع في محله.

هذا كله، مضافاً إلى أنه لم يفت الثانيان من هؤلاء الجماعة بكون الأداء من خصوص الباقي، وأنما أفتيا بمجرد الضمان مع التفريط، وهو أعم من ذاك.

١/١٩٨ قوله ﷺ: كما ينبئ عنه.

أقول: أي عن عدم الإشاعة والاشتراك في الثمرة الموجودة ما دامت موجودة ولم يتلف منها شيء، وكون الثمرة بتمامها في هذا الحال للمشتري، وكون مال البائع في هذا الحال وهو المستثنى كلياً في المعين.

وأما وجه الإنباء عن ذلك فقد تقدّم مع ما فيه في شرح قوله: «كما يشعر... إلى آخره».

٤/١٩٨ قوله: إلا دعوى أنّ المتبادر من الكلّي المستثنى هو الكلّي الشائع فيما يسلم للمشتري.

أقول: يمكن أن يكون المراد أنّ المتبادر من المستثنى في مسألة الاستثناء هو الكلّي الشائع بالنسبة إلى خصوص ما يسلم للمشتري ويبقى له بعد تلف ما تلف، بمعنى شيوع الكلّي في خصوص أفراد ما يبقى سالماً له والكلّي المشاع بالنسبة إلى خصوص التالف، لا الشائع في مطلق الموجود حال العقد بالمعنى المذكور، أعني: شيوع الكلّي في أفرادها كما في مسألة بيع صاع من صبرة حتى يحسب التالف على المشتري خاصة، لا عليه وعلى البائع معاً حتى يشكل بأنّه ما الوجه في حساب التالف عليهما في مسألة الاستثناء، ولا الكلّي المشاع في مطلق الوجود، أعني: الكسر حتّى يرتفع إشكال حساب التالف عليهما في مسألة الاستثناء؛ ضرورة أنّه حينئذٍ على طبق القاعدة ويشكل بعدم جواز التصرف في الثمرة إلاّ باذن البائع كما هو قضيّة الإشاعة والشركة، مع أنّه خلاف السيرة المستمرة.

فحاصل الفرق بين المسألتين: دعوى تبادر الكلّي الشائع في الموجود

ما أفاده
المصنّف في
الفرق بين
المسألتين
٢٦٧-٢٦٥:٤

بعد العقد بالمعنى المذكور في مسألة بيع الصاع، ومقتضاه اختصاص التالف بالبائع، ودعوى تبادر الكلّي المشاع بمعنى إشاعة الجزء في الكلّ بالنسبة إلى التالف والكلّي الشايع بالمعنى المذكور بالنسبة إلى المقدار الباقي بيد المشتري بعد تلف ما تلف.

ومقتضاه من الجهة الأولى حساب التالف عليهما لو كان التلف بغير تفريط المشتري، لفرض الإشاعة والشركة بالنسبة إليه، ومن الجهة الثانية عدم الحاجة إلى إذن البائع في جواز تصرف المشتري في الثمرة لفرض كلفة حقه وعدم إشاعته في الثمرة إشاعة الجزء في الكلّ، فتأمل فلعلّك تظفر على توجيه آخر، وإلا فظاهره من كون المُستثنى بتمامه شائعاً فيما يسلم للمشتري يقتضي اختصاص التالف بالمشتري، مثل فرض كونه شائعاً في مطلق الموجود وقت العقد وهو خلاف المقصود.

هذا، ولكن يرد على ما ذكرنا أنّ الاستثناء أمر واحد يتبادر منه معيان باعتبار حالتي التلف والبقاء، فإن كان المتبادر منه الكلّي في المعين فكيف ينقلب إلى الإشاعة في المقدار التالف بالتلف؟ وعلى فرض الإمكان لا ريب في أنّه خلاف الظاهر فضلاً عن ظهوره وتبادره.

قوله: فإذا لم يبق إلا صاع. ١١/١٩٨

أقول: الظاهر أنّ هذا تفريع على ما قبل السؤال والجواب.

قوله: خلافه. ١٧/١٩٨

أقول: أي البطلان الذي هو خلاف الصحة.

قوله: لا لتدارك الغرر. ١٨/١٩٨

أقول: هذا راجع إلى ما يستفاد من التنظر في تعيين القول بالبطلان، أعني:

احتمال الصحة، يعني: ويحتمل فيه الصحة لا لتدارك الغرر.

الحكم بالصحة
لا يخلو عن قوة
٢٦٨ : ٤

لو باع الصبرة
كلّ قفيز بكذا
مع جهالة
المقـدار
٢٧٠ : ٤ - ٢٦٩

٢٥ - ٢٤/١٩٨ قوله: قال وله نظائر ذكر جملة منها ما في التذكرة.

أقول: قيل ليس في الكفاية من ذكر هذا أثر، فلا بدّ من المراجعة.

٢٥/١٩٨ قوله ﷺ : وفيه نظر.

أقول لمنع كفاية المشاهدة فيما لا يندفع به الغرر إلّا بالوزن والكيل والعدّ

والزرع.

[بيع العين المشاهدة في زمان سابق]

قوله: فإن اقتضت العادة تغييره.

هل تكفي
مشاهدة العين
سابقاً أم لا؟
٢٧١ : ٤

أقول: المراد من ذلك صورة القطع بالتغيير، ومن مقابلة صورة القطع بعدم

التغيير؛ لأنّه قضيّة المقابلة بينهما وبين قوله: «وان احتمل الأمران»، وعلى هذا
فالحكم فيهما ما ذكره في المتن.

٢٧/١٩٨ قوله: جاز الاعتماد على أصالة عدم التغيير.

أقول: في إطلاقه ولو لم يفد الوثوق منع؛ إذ لا يخلو الحال عن أن: نقول
بحجّة الاستصحاب، إمّا من باب الظنّ الفعلي كما يساعد عليه قوله: «لأنّ
الأصل من الطرق التي تعارف التأويل عليها» سيّما بعد ملاحظة قوله: «ولو
فرضناه في مقام لا يمكن التعويل عليه لحصول أمارّة على خلافه، فإن بلغت
قوّة الظنّ». وجه المساعدة ظاهر.

وإمّا من باب الأخبار.

وعلى التقديرين: لا يجدي في المقام؛ لأنّ موضوع الصحّة انتفاء الغرر.
ومن المعلوم أنّه لا ينتفي إلّا بالوثوق والاطمينان بعدم التغيير، وهو لا
يثبت باستصحاب عدم التغيير.

أمّا على الأوّل فلاّ أنّه بناء عليه وإن كان من الطرق التي يتعارف التعويل
عليها في إثبات المستصحب ولوازمه مطلقاً وإن لم تكن شرعيّة مثل ساير
الأمارات، إلّا أنّه لا يثبت به موضوع الصحّة وهو عدم الغرر؛ لأنّه لا بنفسه

مستصحب ولا لازم له، إمّا الأول فلأنّ المستصحب عدم التغيّر، وإمّا الثاني فلأنّ عدم الغرر لازم الوثوق بعدم التغيّر الواقع لا لنفس عدم المذكور. وأمّا على الثاني فلما ذكر مضافاً إلى عدم حجّية المثبت منه بناء عليه. هذا بناء على مذاق المصنف رحمته في أخبار الاستصحاب من أنّ مفادها تنزيل المستصحب منزلة الواقع في الآثار المترتبة على الواقع، وأمّا بناء على الحقّ الذي حقّقناه في محلّه من أنّ مفادها تنزيل الشكّ منزلة القطع، وبعبارة أخرى: تنزيل زوال القطع منزلة بقاءه، فلا ريب في جواز الاعتماد على أصالة عدم التغيّر لتحقّق القطع بعدم التغيّر وعدم الغرر به، لكن تعبّداً لا حقيقة.

٢٩/١٩٨

قوله: وإلاّ جاز.

أقول: بل لم يجز لأجل الغرر المتحقّق في المقام على ما فهموه من النبوي، ومجرّد ذكر الصفات ما لم يفد الوثوق بها لا يرفعه ولا يجوز قياسه على بيع الغائب بالوصف، إلّا فيما إذا كان جوازه على طبق القاعدة، أي لأجل ارتفاع الغرر به، وهو ممنوع؛ لاحتمال كونه لأجل قيام دليل خاصّ عليه كالإجماع.

٣٠/١٩٨

قوله: بل يمكن القول بالصحة في القسم الأوّل.

أقول: يعني به ما ذكره بقوله: «فإن بلغت قوّة الظنّ حدّاً يلحقه بالقسم الأوّل».

قوله: وكيف كان فإذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغيّر تخيّر المغبون.

أقول: مع انكشاف تغيّر المبيع حال البيع عمّا وقع عليه من الصفات بزيادة أو نقيصة يبطل البيع أو يصحّ بلا خيار أو معه فيه وجوه: المشهور هو الأخير، وحكي القول بالثاني في الجواهر عن بعض، واحتمل الأوّل في النهاية.

والظاهر هو الثاني؛ لعمومات الصحة وال لزوم مع عدم ما يدلّ على

إذا باع أو
اشترى برؤية
قديمة فانكشف
التغيّر
٢٧٢: ٤ - ٢٧٣

البطلان أو الخيار.

أما الأول فلأن غاية ما يقال في وجه البطلان ما ذكره المصنّف توجيهاً لاحتمال البطلان، وحاصله: أن ما وقع عليه العقد وهو الواجد للصفات لم يكن موجوداً، وما كان موجوداً وهو الفاقد للصفات لم يقع عليه العقد.

وفيه: أن موضوع البحث هو المعاملة على المرئي في السابق باعتقاد بقاءه على ما رآه عليه من دون أن يكون هناك توصيف في متن العقد أو في خارجه، حتّى يكون المبيع هو الموصوف المقيّد بالوصف، فيقال: إن المقيّد ينتفي بانتفاء قيده، ولازمه أن الموجود الفاقد للوصف لم يقع العقد عليه حتّى يقال بصحّته، فالذي تخلف في الفرض هو الاعتقاد، وهو لا يوجب عدم وقوع العقد على الموجود. الفاقد للوصف المعتقد وجوده فيه اعتقاداً مستنداً على رؤيته عليه في السابق، كما لا يوجب عدم وقوعه عليه لو اعتقد وجوده فيه لأجل أمر آخر غير الرؤية.

وأما الثاني فلعدم الدليل عليه؛ لأن الخيار المحتمل هنا إما أن يكون لأجل تخلف الوصف كما يحتمل، أو لأجل تخلف الشرط كما هو الظاهر من النهاية والمسالك، أو لأجل الغبن والكلّ منتفٍ.

أما الأول والثاني، لتوقفهما على التوصيف والاشتراط في متن العقد أو قبل العقد وإيقاع العقد مبنياً عليه، والمفروض انتفاؤهما لما مرّ أنّه ليس إلا المعاملة على ما رآه سابقاً، فالمتخلف فيه ليس إلا الاعتقاد، أي الداعي، وهو لا يوجب الخيار.

وأما الثالث فلأن التغيّر أعمّ من الغبن من وجه؛ إذ قد يكون هناك تغيّر بلا غبن، كما اشتراه بقيمة المتغيّر، وقد يكون الأمر بالعكس كما إذا اشتراه بأقلّ منها أو أزيد، إلا أن يقال: إنّه خيار مستقلّ غير الخيارات الثلاثة. ويردّه عدم

الدليل عليه إلا قوله في رواية جميل الواردة في شراء الأرض: «لو قلب منها»^(١) ونظر إلى تسع وتسعين قطعة، ثم بقي منها قطعة لم يرها لكان فيه خيار الرؤية» ولا دلالة له عليه إلا بحمله على شراء القطعة الغير المرئية من جهة اعتقاده كونها مثل القطعات المرئية، وهو في حيز المنع؛ لاحتمال شرائها بالتوصيف أو الاشتراط، فتأمل فلم يبق إلا دعوى الإجماع، وفيه ما فيه.

قوله: حيث إن البيع لا يصح إلا مبنياً عليها كان دخولها. ٣٥/١٩٨
أقول: قد علم مما ذكرنا في الحاشية السابقة أن مجرد البناء على وجود الصفات، الناشي من الاعتقاد بوجودها، المسبب عن الرؤية السابقة، المتوقف عليه الصحة لا يوجب دخولها في العقد، فضلاً عن كونه أولى من دخول الشرط فكل شرط، أو وصف لابد في ترتب أثر الخيار على تخلفه من الذكر اللفظي من دون فرق بين ما يعتبر الاعتقاد بوجوده في صحة العقد وبين غيره، ففي القسم الأول: إن اعتقد بوجوده في المبيع حين البيع صح البيع لارتفاع الغرر باعتقاده، فإن ذكر مع ذلك في العقد فتخلّفه يوجب الخيار على المعروف بين الأصحاب، وإلا فلا.

قوله: إذا اعتبرت فيه عند البيع أما ببناء العقد عليها. ٤/١٩٩
أقول: قد مر أن مجرد ذلك لا يوجب اعتبارها فيه لا بطور المقوم حتى يبطل ولا بطور الحق الزائد كي يكون له الخيار، لحديث نفي الضرر، إلا أن يقال: إن تخلف الداعي ضرراً أيضاً، لكنّه كما ترى.

[اختلاف المتبايعين في التغير]

قوله: لو اختلفا في التغير. ٦/١٩٩
أقول: يعني لو اختلفا في تحقق تغير المبيع بنقصانه عما وقع عليه

لو اختلفا في
التغير ٤: ٢٧٤

المشاهدة قبل البيع من الأوصاف، بأن اختلفا في أنه كان سميناً حين المشاهدة فتغير سمنه إلى الهزال قبل البيع فوقع البيع على المهزول، فادّعاها المشتري وقال: إنه كان سميناً فلي الخيار، وأنكره البائع وقال: إنه كان مهزولاً حين المشاهدة فليس له الخيار، والخلاف في تقديم قول المشتري المدّعي للتغير كما في المبسوط والتذكرة والعرائس وجامع المقاصد والمسالك، أو تقديم قول البائع المدّعي لعدمه كما قواه في الجواهر واختاره الأستاذان في حاشيتهما على متن المولى الأستاذ المحقق الزيدي رحمته في مسألة خيار الرؤية والمولى الأستاذ المحقق الخراساني في المقام، وهو الأقوى لما تعرف الوجه فيه، إنما هو ناشٍ من الاختلاف في تعيين ما هو الموجود في المسألة الذي يكون موافقه منكراً ومخالفه مدّعيّاً من الأصل الجاري فيها والحجة المعمول بها لولا التخاصم في البين.

ومن هنا يتمسك كلّ من الطرفين بما يتوهم وجوده فيها من الأصل والحجة.

٧-٦/١٩٩ قوله: لأنّ يده على الثمن كما في الدروس. الاستدلال على تقديم قول المشتري بوجوه ثلاثة: ٢٧٤ : ٤

أقول: هذا أحد الأدلة على تقديم قول المشتري، وهو بظاهره فاسد؛ ضرورة أنّ قول ذي اليد يقدّم فيما إذا كانت أمانة على مالكيّة ذيها، وهو موقوف على الشكّ في كون ما في يده ملكاً له أو لغيره، ولا شكّ في أنّه للبائع بمقتضى تحقق المعاوضة المتفق عليها، وتوجيهه بما ذكره المصنّف بقوله: «إلاّ أن يقال: إنّ وجود الناقل...» غير وجيه، تنظر فيه المصنّف رحمته في أحكام الخيار من المتن من جهة عدم الدليل المخصّص لعموم سلطنة الناس على أموالهم، وثبوت الخيار للمشتري لا يصلح لتخصيصه:

إمّا بناءً على تعلّقه بالعقد كما هو الظاهر على ما يأتي في الخيارات فواضح، وأمّا بناءً على تعلّقه بالعين فكذلك؛ لأنّه إنّما يمنع البائع عمّا يوجب

زوال حق المشتري، وهو غير التسلم.

وبالجملة: ليس الخيار مانعاً عن الأخذ بالعموم وإعماله بالفسخ يزيل موضوعه وهو غير التخصيص، ولو سلم فالشك في وجوب التسليم على المشتري مسبب عن الشك في ثبوت الخيار، ومع نفي الخيار بالأصل بالتقريب الذي تطلع عليه إن شاء الله يزول الشك عنه، ولو سلم عدم جريان أصالة عدم تحقق سبب الخيار فالمرجع أصالة بقاء الملكية الحاصلة بالعقد، وعدم زواله بفسخ المشتري.

هذا كله مضافاً إلى أن النزاع في المقام ليس في مجرد سلطنة البائع على مطالبة ماله عن المشتري؛ لخلوه عن الثمرة كما لا يخفى.

وبالجملة: لا وقع لهذا التوجيه، فيحتمل أن يقال: إن مراده من اليد قاعدة أماريتها على الملك عند الشك في ملكية ذهابها، مع فرض كون محل الكلام صورة تحقق الفسخ من المشتري بناء على حصوله بمجرد الكراهة الباطنية مقرونة بوجود ما يكشف عنها، مثل التخاصم في المقام، كما لا يبعد بضميمة البناء على شيء آخر لعله الحق، وهو حجية اليد وتقديمها على الاستصحاب مطلقاً حتى فيما اعترف ذو اليد بكون ما بيده لخصمه قبل دعواه، وأنه بمجرد الاعتراف بذلك لا ينقلب ذو اليد مدعياً، وتحقيق ذلك موكل إلى باب القضاء.

فعلى هذا لا بأس بتقديم قول المشتري لموافقته لليد الحاكمة على الأصل الجاري في المسألة لولاها، ولو كان الشك في صحتها مسبباً عنه كما في المقام فإن الشك في صحة اليد وكونها يد ملك مسبب عن ثبوت الخيار له، إلا أن يقال: إن اليد أماراة الملك فيما إذا شك في الملك وعدمه من حين حدوثها، لا فيما إذا كانت مسبقة بما يعلم بكون ما في اليد لغير ذهابها كما في المقام؛ حيث إنها قبل الفسخ كانت يد أمانة فيرجع فيه إلى استصحاب حال اليد؛ لذا لا يعتد باليد فيما إذا كانت مسبقة بالغصب، فتأمل.

وكيف كان، فلعلّ التمسك باليد بالتقريب الذي ذكرناه هو المراد ممّا في المبسوط والسرائر من أنّ المشتري... إلى آخره، بأن يكون معناه أن المشتري هو الذي ينتزع عنه الثمن الذي يده عليه ولا يجوز انتزاعه عنه؛ لأنّه ملكه بظاهر يده إلّا أن يسقط يده عن الحجية، إمّا باعترافه بكونه للبايع فعلاً أو بقيام البيّنة عليه، لا ما فهمه المصنّف من التمسك بأصالة البراءة عن الثمن، المراد منها أصالة البراءة عن وجوب تسليمه كي يكون معنى كلاهما أنّ المشتري هو الذي يجبر شرعاً على تسليم الثمن، ولا يجبر أحد على فعل إلّا مع وجوبه عليه، ووجوب التسليم على المشتري غير معلوم، فالأصل براءة ذمّته عنه، فلا يجوز الانتزاع منه بدون رضاه، إلّا إذا أقرّ بوجوبه عليه أو قام به البيّنة والشاهد على أنّه فهم ذلك جعل استدلال العلامة بأصالة البراءة عن الثمن تابعاً للشيخ رحمه الله؛ ضرورة أنّه لا يكون هناك تبعيّة إلّا أن يكون مراد الشيخ من العبارة المذكورة ما نسبنا فهمه منها إلى المصنّف رحمه الله؛ حيث إنّ تأويل كلاهما إلى ما ذكرنا أقرب ممّا حمّله المصنّف عليه.

٧/١٩٩ قوله: وهو راجع إلى ما في المبسوط.

أقول: يعني بعد تأويله إلى معنى أنّ الأصل عدم وجوب يده عن الثمن، وتأويل كلاهما إلى التمسك بأصالة البراءة على ما مرّ في الحاشية السابقة، ولكن علم ممّا ذكرنا هناك احتمال ارادتهما ما هو ظاهر عبارة الدروس من التمسك باليد الكاشفة عن الملك، عكس ما ذكره المصنّف رحمه الله.

قوله: وتبعه العلامة.

الوجه الأول

٢٧٤ : ٤

أقول: قد مرّ أنّ تبعيّة للشيخ في التمسك بأصالة البراءة إنّما تتمّ لو كان مفاد كلام الشيخ التمسك بالأصل، وهو غير معلوم؛ لما عرفت من احتمال أن يكون مفاده التمسك باليد مثل الدروس.

٩-٨/١٩٩

قوله: ولأنَّ البائع يدّعي.

أقول: هذا وجه آخر لتقديم قول المشتري.

وفيه: ما لا يخفى؛ لأنَّ الضمير في قوله: «والأصل عدمه» إن كان راجعاً إلى الرضا به - أي بالمبيع الموصوف بالوصف الموجود كالهزال مثلاً - ففيه: أنَّ قضيته البطلان.

وإن كان راجعاً إلى علمه بالمبيع... إلى آخره، أي رؤية المشتري المبيع بذلك الوصف الموجود، وأنما عبّر عن الرؤية بالعلم لترتبها عليها، ففيه: أنَّ الغرض منه إن كان إثبات الخيار الذي هو من قبيل الحقّ المقابل للحكم، ففيه: أنَّه مثبت؛ ضرورة أنَّه معلق على تخلف الوصف المرئي المتوقف على رؤيته على خلاف ذاك الوصف الموجود، ومن المعلوم أنَّ نفي رؤيته كذلك بالأصل لا يثبت رؤيته بنحو آخر.

وإن كان الغرض منه مجرد نفي اللزوم من باب نفي الحكم بنفي الموضوع، ففيه: أنَّه يتمّ لو كان موضوع اللزوم هو العقد على المرئي بالوصف الموجود وهو الهزال، فبأصالة عدم وقوع العقد على ذاك ينفي موضوع اللزوم، فينفي حكمه ولا يحتاج إلى إثبات وقوعه على المرئي بالوصف المفقود كالسمن كي يشكل عليه بأنّه مثبت، لكنّه ممنوع؛ لأنّ موضوع اللزوم هو العقد على هذا الموجود الخارجي مطلقاً بأيّ وصف رآه المشتري في السابق، وإنّما خرج عن هذا ما لو وقع العقد على ما رآه سميناً في السابق، فبعد ملاحظة خروج ذلك يكون موضوع اللزوم هو العقد على الموجود الخارجي الغير المرئي سميناً لا المرئي مهزولاً، فيكون مركباً من أمر وجوديّ وهو العقد على الموجود الخارجي، وأمر عدميّ وهو عدم رؤيته سميناً في السابق، والأوّل محرز بالوجدان والآخر بالأصل، فيترتب عليه اللزوم، فيكون الوجه تقديم قول البائع لموافقته للأصل، ولا يعارضه أصالة عدم رؤيته بالوصف الموجود وهو الهزال؛ لأنّه مثبت.

١٣-١٢/١٩٩ قوله: فلا مدفع لهذا إلا أصالة عدم سبب الخيار لو تمّ كما سيجيء. المناقشة في الوجه الأول ٢٧٥ : ٤

أقول: يعني لكنّه غير تامّ كما سيجيء ويشير بالموصول إلى ما ذكره بعد ذلك بقوله: «والحاصل أنّ هنا أمرين أحدهما عدم تقيّد متعلّق العقد»، ومحصول ما ذكره أنّ سبب الخيار تقيّد متعلّق العقد بالسمن ولو بالبناء على رؤيته كذلك في السابق، وأصالة عدمه لو جرت تنفع في نفي الخيار وإثبات اللزوم، إلا أنّها لا تجري لعدم الحالة السابقة له، ونظرة في نفيها إلى ما ذكره قبل ذلك بقوله «ولكنّه»^(١) ليس شيئاً مستقلاً حتى يدفع بالأصل».

وفيه: كما أنّه لا يعتبر في وجود الحالة السابقة كونه التزاماً آخر، بل يكفي فيه لحاظه قيداً في المبيع وهو مشكوك، والأصل عدم لحاظ الوصف المفقود واعتباره في المبيع.

١٣/١٩٩ قوله: والثاني مع معارضته بأصالة عدم... المناقشة في الوجه الثاني ٢٧٥ : ٤

أقول: للعلم الإجمالي برؤيته على أحد الوصفين.

وفيه: ما مرّ أنّه مثبت فلا يجري حتى يعارض أصالة عدم علم المشتري بالمبيع على وصف آخر.

١٦/١٩٩ قوله: قويّ به بعض. المناقشة في الوجه الثالث ٢٧٦ : ٤

أقول: يعني به صاحب الجواهر، وقد عرفت أنّه الأقوى.

١٧-١٦/١٩٩ قوله: ويمكن بناء المسألة على أنّ بناء المتبايعين حين العقد على الأوصاف.

أقول: يعني أنّ أخذ الوصف المشاهد في المبيع ولحاظه في العقد هل هو بنحو تعدّد المطلوب، أو بنحو وحدة المطلوب؟ وإن شئت قلت: إنّ المبيع الملحوظ فيه وصف كذا هل هو من قبيل المركّب الانحلالي والعموم الاستغراقي أو المركّب الارتباطي والعموم المجموع؟

بناء المسألة على أن الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هي كالشروط أو أنّها مأخوذة في المعقود عليه؟ ٢٧٦ : ٤

(١) أي البناء على الرؤية السابقة حين العقد. (المؤلف).

ومرجع الاختلاف بينهما على الأول إلى الاختلاف بين الأقل والأكثر الاستقلاليين، فالبايع يدّعي أنّ متعلّق العقد هو الأقلّ، والمشتري يدّعي أنّ متعلّقه الأكثر، والأصل وهو أصالة عدم اعتبار الزائد مع البائع.

وعلى الثاني إلى الاختلاف بين الأقلّ والأكثر الارتباطيين^(١)، والأصل الذي يصحّ إجراؤه في المقام لوجود أثر مترتب عليه وهو أصالة عدم ورود العقد على الأقلّ المترتب عليه اللزوم مع المشتري؛ لأنّ الذي يكون للبايع إمّا أصالة عدم اعتبار الزائد، وإمّا أصالة عدم ورود العقد على الأكثر.

والأول غير جارٍ؛ لعدم الحالة السابقة من جهة عدم كونه التزاماً آخر وراء الالتزام بنقل العين الخارجي.

والثاني أيضاً غير جارٍ؛ لأنّه مثبت لأنّ اللزوم غير مترتب على عدم تعلّقه بالأكثر، وإنّما هو مترتب على تعلّقه بالأقلّ، وهو لازم عقليّ لعدم تعلّقه بالأكثر بعد العلم الاجمالي بتعلّقه بأحدهما.

لكن الانصاف أنّه من قبيل الثاني، أي بنحو وحدة المطلوب والمركّب الارتباطي بالنسبة إلى جميع الأحكام التي منها عدم جريان أصل يترتب عليه اللزوم عند الشكّ في تعلّقه على الأكثر لو الأقلّ، إلّا حكم ثبوت الخيار بتخلّف الوصف الملحوظ في المبيع وعدم بطلان العقد به لأجل قيام إجماع أو غيره على ذلك على، خلاف القاعدة المقترضة للبطلان.

والحاصل: أنّ ما استند إليه في تقديم قول المشتري أنّ المبيع الملحوظ فيه وصف خاصّ كالسمن، ولو لأجل البناء عليه من جهة المشاهدة، من قبيل المركّب الارتباطي، والمعتبر في جريان أصالة عدم لحاظ الوصف هو استقلال الاعتبار فيه، وعموم المركّب منه ومن الموصوف انحلالياً واستغراقياً، وفيه نظر.

(١) في الأصل: الارتباطيين.

أما أولاً: فلأن الظاهر من العرف أن اعتبار الوصف في المبيع إنما هو بنحو تعدد المطلق، والشاهد على ذلك أن التزامهم بالخالي عن الوصف عند التخلف إنما هو من جهة الالتزام بأصل المعاملة، لا أنه نشأ من معاملة أخرى بعد بطلان الأولى. وعلى هذا يكون أصالة عدم لحاظ القيد الموجب تخلفه للخيار مع البائع فتأمل.

وأما ثانياً: فلأنه لا فرق على التحقيق في جريان الأصل في نفي لحاظ الزائد بين دوران الأمر بين الأقل والأكثر الاستقلاليين، كما هو قضية الاحتمال الأول، وبين دورانه بين الأقل والأكثر الارتباطيين، كما هو قضية الاحتمال الثاني؛ إذ لا يعتبر في جريان الأصل أن يكون مورده بنحو الاستقلال مورداً لإلزام خالقي كما في التكاليفات أو مخلوقي كما في العقود والمعاملات، بل يكفي فيه مجرد الدخالة في متعلق الإلزام والالتزام؛ ولذا ذهب غير واحد من المحققين ومنهم المصنف إلى البراءة وعدم وجوب الاحتياط في الشك في الأجزاء والشروط، فلو كان الاستقلال معتبراً في جريان الأصل للزم المعاملة معاملة المتبايعين في وجوب الاحتياط، ولا فرق في الأصل من هذه الجهة بين البراءة والاستصحاب.

فالتحقيق: جريان أصالة عدم لحاظ الوصف المفقود الموجب للخيار، فينتفي الخيار لانتفاء سببه بالأصل، فيثبت اللزوم لثبوت موضوعه وهو العقد على الموجود الخارجي الذي ليس فيه سبب الخيار أحد جزئيه بالوجدان والآخر بالأصل.

٢٠/١٩٩ قوله: وبعبارة أخرى النزاع في أن.

أقول: الظاهر، قرع الغلط في النسخة والصواب بدل هذا وعلى الثاني النزاع في أن... إلى آخره.

٢٠/١٩٩ - ٢١ قوله ﷺ: لكن الانصاف أن هذا البناء في حكم الاشتراط.

أقول: يعني لكن الانصاف هو الثاني، وهو كونه من قبيل التقييد ووحدة المطلوب، فيكون دوران الأمر بين وقوع العقد على الشيء الملحوظ فيه الوصف، وبين وقوعه على فاقد الوصف من دوران الأمر بين المتباينين لا الأقل والأكثر.

قوله: ولكنه ليس شيئاً مستقلاً. ٢١/١٩٩

أقول: قد سبق أن الظاهر من مراجعة العرف أنه التزام زائد على الالتزام بأصل البيع، فعند الشك يدفع بالأصل، وسبق أيضاً أنه يدفع بالأصل على تقدير كونه قيداً وعدم كونه التزاماً مستقلاً.

قوله: فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد والتراضي على الشيء المطلق. ٢٥/١٩٩

أقول: نعم لكنه مسبب عن النزاع في لحاظ الوصف المفقود في المبيع وتقييده به حين الانشاء وعدمه، وهو مسبب عن رؤية ذلك على الوصف المفقود، وعدمها والأصل مع البائع؛ لأن الأصل عدم رؤيته به وعدم لحاظه، فيترتب عليه نفي الخيار، ولا يعارضه أصالة عدم رؤيته على الوصف الموجود، وأصالة عدم لحاظ ذات المبيع مطلقاً؛ لأنها من الأصل المثبت وهو ظاهر.

ولو أغمضنا عن مسألة السببية بعكس ما ذكره المصنف نقول: إن الأصل أيضاً مع البائع، وهو أصالة عدم وقوع العقد على المقيّد بالوصف المفقود، وهو السمن مثلاً الذي هو الملاك في سبب الخيار، وهو تخلف الوصف، ولا يعارضها أصالة عدم وقوعه على المطلق بحيث يشمل الفاقد والواجد؛ لأنه لا يلزم من عدم تعلّقه بالمطلق تعلّقه بالوصف المفقود حتّى يثبت الخيار للمشتري إلا بالملازمة العقلية بين انتفاء أحد الضدين وثبوت الآخر، والأصل لا يثبت ذلك، والوجه في عكس التقريب ما أشرنا إليه سابقاً: من أن موضوع اللزوم ليس وقوع العقد على المطلق حتى ينفي بالأصل السليم عن معارضة

بناءً على
أنها مأخوذة
في المعقود
عليه فالأصل
مع المشتري
٤ : ٢٧٧

أصالة عدم وروده على المقيّد بالمفقود لكونها مثبتة، وإنّما موضوعه بعد ملاحظة الجمع بين أدلّة لزوم مطلق العقد ودليل الخيار بتخلّف وصف ما وقع عليه العقد.

وبالجملة: لزوم المعاملة متفرّع على انتفاء سبب الخيار، فالشكّ في اللزوم وعدمه مسبّب عن الشكّ في وجود سبب الخيار وعدمه، وهو مسبّب عن وقوع العقد على الموصوف بالمفقود وعدمه، والأصل عدمه، وليس الأمر بالعكس؛ وذلك لأنّ اللزوم يكفي في ترتبه على المعاملة مجرّد الشكّ فيه، بناءً على أنّ المدرك في قاعدة اللزوم استصحاب الأثر الحاصل من المعاملة كما هو الحق؛ لعدم تامة ما عداه على ما تقف عليه في أوّل الخيارات، فيكفي في لزوم المعاملة في مسألتنا الشكّ في وقوع العقد على المطلق أو المقيّد، ولا يلزم إحراز وقوعه على الأوّل، ومن المعلوم أنّ هذا الشكّ مسبّب عن الشكّ في تحقق سبب الخيار، والأصل وعدمه.

فساد التملك
بأصالة اللزوم
٢٧٩-٢٧٨: ٤

٢٩/١٩٩ قوله: حيث إنّ المبيع ملك المشتري.

أقول: هذا بيان لوجه التمسك بأصالة اللزوم.

٣٠/١٩٩ قوله: فإنّا نقول: الأصل عدم تعلّق العقد بهذا الموجود.

أقول: الأولى أن يقول: والأصل عدم... إلى آخره.

ثمّ إنّّه قد مرّ أنّ الأمر بالعكس، وأنّ الأصل عدم تعلّق العقد بالموصوف بالوصف المفقود حتى يثبت الخيار على خلاف قاعدة اللزوم.

٣١/١٩٩-٣٢ قوله: لكنّه غير جارٍ لعدم الحالة السابقة.

أقول: إن أراد من متعلّق العقد -كالفرس مثلاً- المبيع بوصف كونه مبيعاً ومعقوداً عليه، فعندئذٍ الحالة السابقة لعدم تقيّده بالوصف المفقود كالسمن مثلاً، ففيه: أنّه مُسلّم لا ريب فيه؛ ضرورة أنّه لم يكن في زمان كان مبيعاً ولم يكن فيه مقيّداً به ثمّ شكّ في زمان آخر في طرؤ التقييد عليه؛ لأنّه من حين أصل وجوده

وجد إمّا مقيداً وإمّا غير مقيد، لكن لا يلزم في جريان أصالة عدمه تحقق الحالة السابقة لعدمه بذاك المعنى.

وإن أراد منه ذات المبيع وهو الفرس بحيث إن معنى عدم تقيده به عدم أخذه في متعلق العقد وعدم لحاظه قيداً للفرس في مقام إيراد الإنشاء عليه، ففيه: أن نفي تحقق الحالة السابقة بذاك المعنى ممنوع عليه أشد المنع؛ ولذا لا بأس بأصالة عدم التقييد بقيد خاص في الأمور التكليفيّة، كما إذا شك في تقييد الرقبة بالإيمان من جهة الشك في أن ما أوجبه المولى من عتق الرقبة هل قيدها بكونه مؤمنة أم لا؟ ولم يكن هناك إطلاق يتمسك به فإنه يرجع في نفيه إلى أصالة عدم تقييدها به وعدم لحاظه قيداً لها.

٣٢/١٩٩

قوله: وهذا جارٍ غير نافع .

أقول: نعم غير نافع لكونه مثبتاً، ولكن فيما إذا كان موضوع الأثر هو وقوع العقد على المطلق، وكان الأثر المترتب عليه اللزوم، وأمّا لو كان الموضوع وقوع العقد على المقيّد بالوصف المفقود، وكان الأثر هو الخيار ففي أصالة عدم وقوع هذا العقد الشخصي على المقيّد به - ولو بطور «ليس» التامة المترتب عليها نفي الخيار بلا واسطة - تمام النفع، وقد علم من الحواشي السابقة أن الظاهر هو الثاني.

٢ - ١/٢٠٠

قوله ﷺ : فإذا شك في ذلك فالأصل عدمه.

أقول: لكنّه مسبّب عن الشك في وقوع المعاملة على ذاك الذي لم يدفع، وهو الموصوف بالوصف المفقود، والأصل عدم وقوعها عليه، ومع هذا لا مجال لأصالة عدم دفع العوض الذي هو المراد ممّا تقدّم سابقاً من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه.

قوله: فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف

٢/٢٠٠

الوصف.

أقول: فيه: مضافاً إلى ما تقدّم من تسبّب الشك فيه من الشك في كون

فساد التمسك
بالعمومات
٢٨٠ - ٢٧٩ : ٤

شروط العوضين / العلم بقدر الثمن (اختلاف المتبايعين في التغير) ٥٠١

الوصف المفقود حقاً له، الناشي من أخذه في متعلق العقد حين الانشاء؛ أنّه لا يشته إلا على القول بالأصل المثبت، فتدبر.

٤/٢٠٠ هـ قوله: السبب في الخيار ... إلى قوله: هو عدم كون العين الخارجية.

أقول: يعني فيكون موضوع الخيار أمراً عديمياً يثبت بأصالة عدمه. وفيه: أنّ موضوع الخيار تخلف الوصف، وهو أمر منتزع من وقوع العقد على الموصوف بالوصف المفقود، كما أنّ موضوع اللزوم عدم تخلف الوصف المسبب عن عدم وقوع العقد عليه، فالأصل موافق للثاني ومخالف للأول. ٨/٢٠٠ قوله: وإنما المقتضى للجواز عدم انطباق.

أقول: نعم لكنه متقوم بتعلق العقد على السمين، والأصل عدمه، فقد تحقق ممّا ذكرنا عدم صحّة أصالة عدم وصول حق المشتري إليه؛ لأنّه مسبب عن كون السمن مثلاً حقاً له، وهو مسبب عن لحاظه في المبيع حين الإنشاء، والأصل عدمه، وكذا عدم صحّة ما في التذكرة من أصالة عدم التزام المشتري بتملك هذا الموجد حتى يجب عليه الوفاء بما التزم به؛ لأنّ التزامه بهذا الموجد معلوم في الجملة، وإنّما كان العقد باطلاً، وإنّما الشك في تقيّد الموجد بوصف السمن مثلاً ولحاظه فيه، والأصل عدمه.

١٠/٢٠٠ قوله: نعم ما في المبسوط والسرائر والعرائس.

أقول: يعني أنّ كلّ واحد من أصالة عدم الحق وأصالة عدم الالتزام بتملك الموجد يناسب أصالة اللزوم في العقد عند الشك في لزومه وجوازه من حيث الشبهة الموضوعيّة أيضاً كما في المقام؛ إذ لا منافاة بين كون الأصل لزوم العقد في حدّ ذاته وكون الأصل جوازه لأجل شبهة خارجية، وإن شئت قلت: لا منافاة بين كون الأصل المسببي اللزوم والأصل السببي الجواز، بخلاف أصالة بقاء اليد على الثمن؛ وذلك لأنّه مع الشك في ثبوت سبب

صحّة التمسك
بأصالة عدم
وصول حق
المشتري إليه
٢٨١ : ٤

الخيار لابد من أن يراد منها أصالة بقاء علاقة يد المشتري على الثمن بمقدار أثر جواز إعادته إلى ملكه، وهي لا تناسب أصالة اللزوم بل تنافيه، وإنما تناسب أصالة الجواز.

قوله: على الأصول المذكورة.
أقول: يعني بها أصالة عدم الانطباق وأصالة عدم وصول الحق وأصالة عدم الالتزام بتملك الموجود.

قوله: مضافاً إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن.
أقول: مرجع ذلك إلى أن الاستدلال بعدم التغير على اللزوم أخص من المدعى؛ لعدم جريانه في الفرض المذكور مع أنه من أفراد المدعى.

قوله: فحينئذ مقتضى الأصل.
أقول: يعني مقتضى أصالة بقاء السمن إلى حين المشاهدة فالأصل تأخر التغير الذي هو سبب الخيار عن المشاهدة.

قوله: فمقتضى ما ذكرناه في طرف المشتري تقديم قول البائع.
أقول: ومقتضى ما ذكرناه في طرفه تقديم قول المشتري هناك كما هو ظاهر اللمعة، ووجهه موافقته لأصالة اللزوم وأصالة عدم تحقق سبب الخيار.

[اختلاف المتبايعين في تقدم

التغير على البيع وتأخره عنه]

قوله: على وجه لا يوجب الخيار.
أقول: يعني به عدم كون التغير على فرض تأخره عن البيع فيما قبل القبض، أو في ضمن الثلاثة أيام مدة خيار الحيوان، أو في ضمن السنة في العيوب الخمسة التي يضمنها البائع إلى سنة؛ إذ لو كان حادثاً قبل القبض أو في الثلاثة أو في السنة لما أوجب الخيار.

دعوى ورود
أصالة عدم
تغير المبيع
على الأصول
المذكورة
والمناقشة فيها
٤ : ٢٨١

لو ادعى البائع
الزيادة ٤ : ٢٨٢

لو اختلفا في
تقدم التغير
على البيع
وتأخره عنه
٤ : ٢٨٣

٢١/٢٠٠ قوله: فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حقّ المشتري إليه.
أقول: لو كان هو الموضوع للخيار، وهو ممنوع، وإنّما الموضوع تخلف الوصف المعلوم لحاظه في المبيع قبل البيع، والأصل عدمه.

[لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة]

٢/٢٠١ قوله **يَنْضَبُطُ**: فيما ينضبط من الأوصاف.
أقول: يعني به ما كان الوصف فيه لازماً أو غالبياً.

٨/٢٠١ قوله: بقرينة تعرّضهم بعد هذا.

أقول: وجه القرينة أنّ الأوصاف الزائدة على الصحة لا يحرز بأصالة الصحة، فلا بدّ أن يكون مورد كلامهم في جواز البيع بالوصف هو ما يراد أوصافه التي لها دخل في الصحة.
قوله: عدم الجواز أخيراً.

أقول: يعني عدم الجواز بوصف الصحة. والمراد من الموصول فيما ذكرنا بالوصف: ما ذكره بقوله: «نعم لو لم يرد من أخبار الأوصاف إلّا استعمال صحّته وفساده».

١٠-٩/٢٠١ قوله: لأنّه غير غائب لبيع.

أقول: يعني حتّى يباع ويصحّ بيعه بالوصف مع خيار الرؤية إذا تخلف الوصف.

١٣/٢٠١ قوله: بل يكفي بناء المتعاقدين عليه بناء.

أقول: يعني يكفي في الصحة والخيار عند تخلف الوصف بناؤهما على وصف الصحة والشرط في قوله: «إذا لم يصرّح» مسوق لبيان تحقّق الموضوع، أعني: البناء على وصف الصحة؛ إذ مع التصريح بالبراءة لا يكون هناك بناء على وصف الصحة حتّى يقال بكفايته.

١٤/٢٠١ قوله: فالسؤال فيها عن جواز الذوق.

المرجع هو
أصالة عدم
وصول حقّ
المشتري إليه
٢٨٣ : ٤

عدم لزوم
الاختبار فيما
ينضبط من
الأوصاف
٢٨٧ : ٤

جواز الشراء
بوصف
الصحة إذا
كان المقصود
من الاختبار
استعلام
الصحة
٢٨٨ - ٢٨٧ : ٤

كلام الحلّي
في عدم جواز
البيع بالوصف
٢٨٨ : ٤

المناقشة فيما
أفاده الحلّي
٢٨٩ - ٢٨٨ : ٤

أقول: فيكشف عن توهمه الخطر، فيكون الأمر بالذوق في الجواب وارداً مورد توهم الخطر، فلا يدلّ على وجوب الذوق كي ينافي تقوية جواز البيع من غير اختبار.

قوله: ثمّ إنّه ربّما نسب الخلاف في هذه المسألة. ١٥-١٤/٢٠١
أقول: يعني نسب الخلاف في المسألة التي قوى الحلّي فيها عدم الجواز أخيراً وهي بيع العين المرئية بوصف الصحة من حيث الطعم والرائحة وبلا اختيار، وقيل: إنّ هؤلاء الجماعة أيضاً قائلون بعدم الجواز فيها مثل الحلّي.

نسبة الخلاف
في المسألة إلى
جماعة ٤: ٢٨٩

قوله: كان البيع باطلاً. ١٧/٢٠١
أقول: إن كان المراد من البطلان ظاهره فالمراد من الخيار هو الاختيار في تجديد البيع لا معناه الاصطلاحي، أعني: الاختيار في فسخ البيع وإمضائه، ويمكن العكس بأن يكون المراد من البطلان عدم اللزوم، ويجعل ظهور الخيار في خيار الفسخ قرينة عليه، ونسب الخلاف إلى المفيد، وقوله بعدم الجواز على خلاف المشهور مبنية على الاحتمال الأوّل، ومنه يعلم الحال في عبائر القاضي وسلار وأبي الصلاح وابن حمزة.

قوله: اشتراط أحد القيدتين. ٢١/٢٠١
أقول: يعني في متن العقد.

كلمات الفقهاء
في عدم جواز
البيع بالوصف
٤: ٢٩٠-٢٩١

قوله: حيث قال: إنّه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة. ٢٢/٢٠١
أقول: عبّر بالأوّل المفيد في المقنعة، وبالثاني الشيخ رحمته في النهاية، ومن هنا ينشرح قوله، ومقصودهما: أنّ البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة، وأنّ الأوّل ناظر إلى عبارة النهاية والثاني إلى عبارة المقنعة.

قوله: ولعلّه لنكتة بيان أنّ مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد عبّر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله جاز بيعه بشرط الصحة.

أقول: بناءً على أن يكون مراده من هذا التعبير على ما يأتي من المصنّف رحمته في أوائل المسألة الآتية لزوم البيع بشرط ظهور الصحة وتبين كون المبيع صحيحاً حين البيع وإلا فلا دلالة فيه على أنه للنكتة المزبورة، فتدبر.

٢٨/٢٠١ بقوله: فينبغي أن يكون كلامهم.

أقول: يعني من كلامهم ومن الحكم في السطر الثاني وجوب الاختبار وذلك في قوله: «والظاهر أن ذلك» إشارة إلى عدم الانضباط.

وجه الظهور أن الأوصاف التي تدور عليها الصحة منضبطة دائماً.

٣٠/٢٠١ قوله: ويؤيده حكم القاضي بخيار المشتري.

أقول: وجه التأييد أنه لو كان المراد الأوصاف الزائدة على الصحة التي تختلف بها القيمة لما كان وجه لتخصيص الخيار بالمشتري؛ لأن الخيار فيها قد يكون للمشتري وقد يكون للبائع كما لا يخفى، بخلاف ما إذا كان المراد منها الأوصاف الدخيلة في الصحة، فإن خيار العيب مختص بالمشتري نوعاً.

٣١/٢٠١ قوله: فلا خلاف معهم منّا ولا من الأصحاب.

أقول: لأنّ الذي نقول نحن والأصحاب، يعني: المشهور منهم بالجواز فيه بدون اعتبار الاختبار إنما هو ما ينضبط من الأوصاف بالوصف، أعني: الأوصاف المقومة للصحة.

٣٢/٢٠١ قوله: وإن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار والوصف.

أقول: بأن كان الحصر المستفاد من كلامهم إضافياً في مقابل التعويل على أصل السلامة لا حقيقياً في مقابل التعويل على غيره مطلقاً حتى الوصف.

٣٣/٢٠١ قوله: عدم التزام ذكر الأوصاف.

أقول: بل يكتفون بأصالة السلامة.

كلام الفقهاء
إنما هو في
الأمور التي
لا تنضبط
خصوصياتها
بالوصف
٢٩٢ : ٤

المحتملات في
كلام الفقهاء
٢٩٢ : ٤

٣٥/٢٠١	قوله: أعم.	تفصيل المصنف بين كون السلامة مقومة للمالية أو غير مقومة ٢٩٣ : ٤
	أقول: يعني من طرؤ المفسد ومن كون الفساد من أول الأمر.	
	وقوله: «إنّ السلامة من العيب» مقول يقال في قوله: «ويمكن أن يقال».	
٢٧/٢٠٢	قوله: فلا بدّ من الاختبار أو الوصف.	
	أقول: أو الاعتقاد بوجودها لأمانة عرفية مغنية عنهما.	
٨/٢٠٢	قوله: عنون المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه.	ما يؤيد التفصيل المذكور ٢٩٤ : ٤
	أقول: والسلامة في ذلك يكون على وجه الركنية.	
١٢/٢٠٢	قوله: هذا وإن كان لا يخلو عن قوّة.	ما يقتضيه الانصاف في المسألة ٢٩٤ : ٤
	أقول: أي عدم الكفاية في الكلّ إلا مع الوثوق.	

[شراء ما يفسده

[الاختبار من دون اختبار]

١٦/٢٠٢	قوله: من أنّه مع الصحة يمضي البيع.	جواز شراء ما يفسده الاختبار من دون اختبار ٢٩٥ : ٤
	أقول: أي مع ظهور الصحة بعد الاختبار يمضي البيع على وجه اللزوم.	
	قوله: ولا معها .	
	أقول: أي لا مع ظهور الصحة بعد الاختبار يتخير المشتري.	
١٨/٢٠٢	قوله: فإن كان لفساده قيمة.	إذا تبين فساد المبيع ٢٩٦ : ٤
	أقول: يعني قبل كسره، وكذلك في قوله: «وإن لم يكن لفساده قيمة»	
	يعني قبل كسره.	

قوله: لا يعتدّ الفاسد.

أقول: وإن كان له قيمة أيضاً.

٢٠/٢٠٢	قوله: ففي الأوّل تعين الأرض خاصّة.	
	أقول: يعني من الأوّل ما كان لفساده قيمة، أي الفاسد المسكور.	
٢١/٢٠٢	قوله: ومنه يعلم ثبوت الأرض أيضاً.	

شروط العوضين / العلم بقدر المثلث (شراء ما يفسده الاختبار من دون اختبار) ٥٠٧

أقول: يعني من الأرض تفاوت ما بين الصحيح والفاسد، لكن بوصف عدم الكسر يعلم ثبوت الأرض في الفرض الأول من فرضي تبين الفساد بالكسر، وهو ما كان لفاسده قيمة قبل الكسر أيضاً، مثل ثبوت الردّ مطلقاً سواء كان له قيمة بعد الكسر أيضاً أم لا.

٢٥/٢٠٢ قوله: خلافه. رأي المصنف

أقول: أي خلاف ما اختاره في الأرض. في المسألة

٢٩٧ : ٤

٣/٢٠٣ قوله: ولكونه مسجداً. حكم مؤونة

أقول: مع فرض كون المكسور نجساً كالبيض إذا كان فيها دم. النقل من

موضع الكسر

٣٠٠ : ٤

٥/٢٠٣ قوله: ما تقدّم في مؤنة نقله. لو تبرأ البائع

أقول: من ابتائنه على أنه مغرور أم لا. من العيب فيما

لا قيمة

لمكسورة

٣٠٠ : ٤

٩/٢٠٣ قوله ﷺ : إذ المثلث متحقق. توجيه صاحب

أقول: يعني أنّ المدار في وجود مالية المبيع المعتبر في صحة العقد على الجواهر

لصحة اشتراط

البراءة ٣٠٠ : ٤

تحققه على حسب معاملة العقلاء، وهذا المعنى موجود في المقام حين

المعاملة. ومراده من الأزيد في قوله: «أزيد من ذلك»: هو المالية الواقعية التي

هي من المالية بحسب معاملة العقلاء.

١٤/٢٠٣ قوله: بل ظاهر العلامة في التذكرة. المناقشة فيما

أقول: في فروع خيار العيب وأحكامه. أفاده صاحب

الجواهر

٣٠٢-٣٠١ : ٤

٢٢/٢٠٣ قوله: في هذا المقام بما لا يخلو عن بعد. لا مجال للتأمل

أقول: يعني بالمقام مسألة بيع العبد الجاني. في بطلان

اشتراط

البراءة

٣٠٣-٣٠٢ : ٤

٢٣/٢٠٣ قوله: واشتراط البائع. أضعية

أقول: «الواو» بمعنى مع. ما ذكره

السيد العاملي

٣٠٤-٣٠٣ : ٤

قوله: بعد ملاحظة عبارة الشيخ والاتباع.
أقول: يعني عبارتهم المحكيّة عنهم في الدّروس، فلا ينافي قوله: «نعم لم أجد في كلام»؛ حيث إنّ المراد من كلامهم في الذيل غير كلامهم المحكيّ عنهم في الدروس، فافهم.

[بيع المسك في فأره]

قوله: لكن لم يعلم إرادة ما في الفأرة.
أقول: يعني بوصف كونه في الفأرة والوجه في عدم العلم بإرادته احتمال أن يكون مراده بيان بيع المسك لدفع توهم النجاسة.

قوله: وهو حسن إذا لم يعرف.
أقول: قيل حسن لو كان مراد العلامة ﷺ هو الجهالة من حيث الصغر والكبر، وأمّا لو كان مراده الجهالة من حيث الحصول أو من حيث العدد فلا وجه لما ذكره.

[عدم جواز بيع المجهول]

[منضمّاً إلى المعلوم]

قوله: لا فرق في عدم جواز بيع المجهول.
أقول: المراد من المجهول والمعلوم هنا هما من غير جهة التسليم والتسلّم، مثل جهة الكم والوصف؛ إذ الكلام فيهما من جهة التسليم، وقد تقدّم في مسألة اعتبار القدرة على التسليم ومسألة بيع الآبق على الضميّة.

قوله: على المشهور.

أقول: الجارّ متعلّق بلا يجوز.

قوله: إلّا أن يريدون ذلك.

أقول: في بعض النسخ: «إلّا ذلك»، والمشار إليه بـ«ذلك» على الأوّل هو كونه تابعاً، وعلى الثاني كونه مستقلاً.

جواز بيع
المسك في فأره
والدليل عليه
٣٠٦-٣٠٥:٤

عدم جواز
بيع اللؤلؤ
في الصدف
ونحوه ٣٠٦:٤

عدم جواز بيع
المجهول
منضمّاً إلى
المعلوم
والدليل عليه
٣٠٧ : ٤

تفصيل جماعة
بين ما إذا كان
المجهول
مقصوداً
بالاستقلال
أو منضمّاً
إلى المعلوم
وبين ما إذا
كان تابعاً
٣٠٨-٣٠٧:٤

شروط العوضين / العلم بقدر المثلث (عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم) ٥٠٩

٨-٧/٢٠٤ قوله: فإنّ أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول.

أقول: يعني بالأجزاء ما يعدّ من التابع ولا يكون مقصوداً بالاستقلال.

مذهب جماعة

هو الصّحة

مطلقاً: ٣٠٨

٨/٢٠٤ قوله: خلافاً للشيخ في النهاية.

أقول: لأنّه قال بالصّحة، وقضية إطلاق كلامه عدم الفرق بين التبعية

والاستقلال.

مرسلة

البنظري: ٣٠٩

١١/٢٠٤ قوله: التي أرسلها كوجود السهل فيها سهل.

أقول: وجه السهولة وعدم الضرر فيها إمّا من جهة الإرسال فهو كون

البنظري الذي في السند من أصحاب الإجماع، وأمّا من جهة وجود سهل فهو

كونه من مشايخ الإجازة.

١٢-١١/٢٠٤ قوله: في رواية البنظري: أخرج شيئاً.

أقول: الموجود فيما عندي من نسخة الوسائل: أخرج شيئاً فيباع، وهو

الصحيح كما لا يخفى.

رواية معاوية

بن عمار: ٣٠٩

١٢/٢٠٤ قوله: والمراد شراء ما فيها.

أقول: يعني وإن كان ظاهراً في شراء نفس الأجمة اعارضها أو مائها؛

حيث أسند الشراء إلى نفسها، إلّا أنّ المراد منه ما في الأجمة من السمك بقرينة

رواية البنظري السابقة ورواية أبي بصير اللاحقة سيّما الثانية؛ حيث أسند

الشراء إلى الأجمة في السؤال، ومع ذلك فهم منه الإمام عليه السلام شراء ما في

الأجمة؛ لأنّه في الجواب أسنده إلى ما في الأجمة، فيعلم من ذلك أنّ إطلاق

الأجمة وإرادة ما فيها بإرادة الحالّ والمحلّ كان من الشايح المتعارف، ولو في

مقام إسناد الشراء إليها، فتأمّل.

موثقة سماعة

٣١٠-٣٠٩

١٥/٢٠٤ قوله: «في سُكْرُجَةٍ».

بضمّ السين والكاف والراء المشدّدة: إناء صغير كما عن النهاية، قيل:

الغالب كونها كيلاً معلوم الوزن، وعلى تقدير صدق هذا النقل لا يخرج الموجود

في الشُّكْرُجَة عن الجهالة إلا إذا كانت مملوءة، وليس في الرواية دلالة على ذلك، بل قضية الإطلاق عدم اعتباره؛ ولذا قال المصنّف فيما يأتي: «إنّ ما في الشُّكْرُجَة غير معلوم الوزن والكيل».

١٦-١٥/٢٠٤

قوله: وعليها تحمل صحيحة العيص إلى.

صحيحة

العيص بن

القاسم ٣١٠

أقول: ويقال: إنّ المراد منها جواز بيع ما في الضرع كلّاً أو بعضاً بضميمة مقدار من اللبن موجود في الخارج، سواء كان من ذاك الضرع أم لا، لكنّه مبنيّ على كون المراد من بيع ألبانها: بيعها في الضرع بأن يكون قوله: «بغير كيل» كناية عن كون اللبن في الضرع، بحيث يكون معنى الرواية: يبيع ألبان النعم في الضرع؟ قال عليه السلام: «نعم» يبيعها في الضرع «حتّى تنقطع» وتخلّص ولم يبقَ منها شيء في الضرع إن أراد بيع جميعها، أو ينقطع شيء خاصّ منها مثل مقدار كأس مخصوص معيّن مثلاً إن أراد بيع شيء منها لا جميعها، فحينئذٍ تحمل على الرواية السابقة، وتفيد بما إذا ضمّ إليه لبن محلوب في الخارج معلوم الوزن أو الكيل حملاً للمطلق على المقيد؛ إذ بناء على كون المراد بيع ألبانها المحلوبة الموجودة في الخارج، كما هو الظاهر من قوله: «بغير كيل»؛ حيث إنّه يعبرّ به فيما كان المتعارف فيه الكيل ولم يكل ولا يكون هذا في اللبن إلا بعد الحلب، فلا معنى لحملها عليها لاختلاف الموضوع؛ لأنّه في رواية العيص اللبن المحلوب، وفي سابقها اللبن في الضرع.

وكيف كان، فقد ظهر في بياننا ما في قوله: «بناءً على أنّ المراد» من سوء التعبير، وكان الصواب تبديله بقوله: بناء على أنّ المراد بيع ما في الضرع كلّها أو بعضها، فيحمل إطلاقها على صورة ضمّ لبن موجود محلوب منه إليه.

١٩/٢٠٤

قوله: وجزية رؤوسهم.

أقول: لعلّه عطف تفسير لخراج الرّجال.

موثقة

إسماعيل بن

الفضل ٣١١

المناقشة في
دلالة الأخبار
٣١٢-٣١١ :٤

٢١/٢٠٤ قوله: وظاهر الخبرين.

أقول: محصل ما أجاب به عن الأخبار الثلاثة أنّها أجنبيّة عن المدعى، وهو أنّ ضمّ ما يجوز بيعه منفرداً للعلم بمقداره ووصفه إلى ما لا يجوز بيعه كذلك للجهل بأحدهما أو كليهما يجوز بيع المجهول، ومن الواضح أنّ الضميمة في موردها لا يجوز بيعها منفردة؛ لأنّ ما في ما السكّرة من اللّبن غير معلوم الوزن والكيل، ولا بدّ من العلم بمقداره في صحّة بيعه منفرداً، وكذا الشيء الواحد المعلوم وجوده من الأشياء المذكورة في رواية الهاشمي فتأمّل، وكذا الصوف في رواية الكرخي على المشهور كما في الحقائق من عدم جوازه على ظهور فيكون من قبيل ضمّ ما لا يجوز بيعه إلى مثله.

نعم تدلّ على جواز بيع ما لا يجوز بيعه منفرداً لأجل الجهل بالحصول إذا انضمّ إلى ما لا يجوز بيعه كذلك من جهة العلم بالحصول، وهي مسألة أخرى تقدّم الكلام فيها في بيع الآبق مع الضميمة في ذيل الكلام في اعتبار القدرة على التسليم والتسلّم، لا ربط لها بهذه المسألة التي بأيدينا؛ لأنّها من فروع اعتبار العلم بالوصف والمقدار.

وبالجملة: هذه الأخبار من أدلّة جواز بيع مجهول الحصول مع ضميمة معلوم الحصول، فلا يصحّ الاستدلال بها على جواز بيع مجهول المقدار مع ضميمة معلوم المقدار ممّن يقول بعدم جواز بيع ذاك المجهول منفرداً؛ لا اعتبره العلم بالمقدار، ومنه يظهر عدم صحّة الاستدلال بأخبار بيع الثمار مع الضميمة؛ لأنّ الجهالة فيها أيضاً من حيث الحصول وعدمه.

٢٢/٢٠٤ قوله: مع أنّ المشهور كما عن الحقائق.

أقول: قد علم من الحاشية السابقة أنّه كان ينبغي تبديل «مع» بالواو؛ لأنّ هذا ليس جواباً آخر عن رواية الكرخي، فتدبّر.

٢٤/٢٠٤ قوله: ومثلها.

أقول: يعني ومثل الروايات الثلاث المتقدمة في الخروج عن مسألة ضمّ المعلوم الجائز بيعه منفرداً إلى المجهول الذي لا يبيعه كذلك روايتا أبي بصير والبيزنطي، فإنّ الكفّ من السمك لا يجوز بيعه منفرداً؛ لأنّه حين كونه في الكفّ بلحاظ أنّه يعدّ من اللحم لا من الحيوان كان من الموزون؛ ولذا جعلوه من الرّبويّات ولم يجروا فيه خيار الحيوان.

٣٠/٢٠٤

قوله: فالأمر سهل على تقدير الإغماض.

أقول: وعلى تقدير عدم الإغماض لا ضير فيه؛ لأنّها ليست قاعدة عقلية غير قابلة للتخصيص، فيرفع اليد عنها بتلك الأخبار.

المناقشة على
تقدير الدلالة
٣١٢-٣١٣: ٤

٢٧/٢٠٤

قوله: فتأمّل.

أقول: لعلّه إشارة إلى منع كونه من الموزون مادام حيّاً؛ لمنع كونه معدوداً من اللحم دون الحيوان؛ فيجوز بيعه منفرداً ولا يجيء فيه الرّبأ ويثبت فيه خيار الحيوان، وهذا هو السرّ في جواز بيع سمك الآجام بالمشاهدة، ويمكن أن يكون إشارة إلى إمكان استفادة جواز بيع السمك من نفس الرواية بقريّة اشتراط وجود القصب في الأجمة نظراً إلى أنّ اشتراطه فيما إذا كان المقصود بيع الأرض لغو صرف، فتدبّر.

المناقشة في
دلالة الأخبار
٣١٢-٣١١: ٤

٢٨/٢٠٤

قوله: فلا دلالة فيها على ذلك.

أقول: يكفي في دلالتها عليه إطلاقها الشامل لصورة كون المعلوم غير مقصود بالبيع إلّا بنحو الحيلة، بل يمكن أن يقال بظهور خبر السّمك وخبر الخراج في ذلك، وبضميمة عدم الفرق بين هذا وبين غيره من ساير أفراد المجهول المنضمّ إليه المعلوم يتمّ دلالتها على القاعدة المذكورة.

المناقشة على
تقدير الدلالة
٣١٢-٣١٣: ٤

١/٢٠٥

قوله: إلّا أن يستثنيه المشتري.

أقول: في جامع المقاصد؛ أي إلّا أن يستثنيه المشتري ممّا لا يندرج في إطلاق البيع، والمراد: اشتراط دخوله.

ظاهر العلامة
أنّ المراد من
«المقصود»
الجزء، ومن
«التابع» الشرط
٣١٣-٣١٤: ٤

شروط العوضين / العلم بقدر المثلث (عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم) ٥١٣

قوله: إن قلنا: إنَّ العبد يملك.

أقول: وهو الأقوى إلّا أنّه محجور عن التصرف فيه بدون إذن مولاه، فينتقل مال العبد إلى المشتري مع العبد لاشتراط دخوله في المبيع، وكان جعله للمشتري بالشرط إبقاء ماله، أي مال العبد على ملك العبد، فيكون انتقاله إلى المشتري بمعنى كونه له على النحو الذي كان للبائع قبل البيع، لا بمعنى كونه كسائر أمواله في اختصاصه به وعدم العلاقة بينه وبين العبد.

وعلى كلّ حال فبناءً على أنّ العبد يملك لا حاجة في انتقال أمواله إلى المشتري بالمعنى المذكور إلى اشتراط دخوله، بل يكفي فيه عدم اشتراط خروجه الذي هو بمعنى سلب ملكه عنه؛ لأنّه قضيّة كون المال له فيدور معه حيثما دار.

٨/٢٠٥ قوله: وقد ذكر هذا المحقّق الثاني.

إيراد المحقّق
الثاني على
الفرق المذكور
٤ : ٣١٥

أقول: الظاهر منع أو ردّ بدل «ذكر»، أو أنّه سقط من العبارة: «ومنع أو ردّه» قبل قوله: قال وما يوجد إلى آخره، ويمكن أن يقال: إنّ لفظة «هذا» إشارة إلى الجواز لا إلى عدم الجواز، فتدبّر.

١٠/٢٠٥ قوله: والشروط محسوب.

أقول: يعني والحال أنّ الشروط محسوب من جملة أجزاء المبيع عرفاً، أو بحسب قصد المتعاقدين على الاحتمالين الآتين.

احتمال أن
يكون المراد
ما يعدّ في
العرف تابعاً
٤ : ٣١٦-٣١٧

١٤/٢٠٥ قوله: والباق في الدار.

أقول: في المصباح: الباق: الكرم، لفظة أعجميّة استعملها الناس بالألف واللام.

١٣/٢٠٥ قوله: ثمّ إنّ التاب في كلام هؤلاء.

أقول: يعني بهم غير العلامّة من الشهيدين والمحقّق الثاني.

١٨/٢٠٥-١٩ قوله: لكن هذا ينافي ما تقدّم.

أقول: يعني بالمشار إليه احتمال إرادة التابع العرفي .

٢١/٢٠٥

قوله ﷺ : وهذا أيضاً قد يكون.

أقول: يعني كون الشيء تابعاً بحسب قصد المتعاملين، قد يكون كذلك بحسب قصد نوع المتعاملين، وقد يكون بحسب قصد شخصهما، والثاني كمن أراد السمك القليل... إلى آخره.

٢٢/٢٠٥

قوله: والأوّل هو الظاهر.

أقول: يعني مراعاة الغرض النوعي.

٢٤/٢٠٥

قوله: أو باعه ما يقصد مثله.

أقول: لعلّ مراده من الموصول هو الكسر المشاع من الامّ كالنصف والثلث ونحوهما.

٢٦/٢٠٥

قوله: وربما احتمل بعض.

أقول: صاحب الجواهر، وحكى المحقق القمي رحمه الله أيضاً في أجوبة مسأله، ومحصل مراده: أنّ المراد من الأصالة والتبعية هما بحسب الجعل والتباني بمعنى البناء على كون المعلوم هو المبيع المقابل للثمن والمجهول تابعاً له ومنزلاً منزلته، وإن لم يكن كذلك بحسب العرف وغرض المتعاقدين وبحسب عبارة العقد بل كان على خلاف الكلّ.

وفيه: أنّ لا نعقل لذلك معنى وراء الشرطيّة؛ ضرورة أنّ البناء على كون الثمن في قبالة المعلوم مناقض لجعل المعلوم والمجهول معاً مثمناً؛ لأنّ معناه البناء على كون الثمن بازائهما معاً.

٣٠/٢٠٥

قوله: ولا يخفى أنّه لم يوجد.

أقول: بل هو أمر غير معقول في نفسه كما عرفت، فيكون الأخبار بالنسبة إليه ممّا لا قائل به.

٣١/٢٠٥

قوله: بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة.

احتمال أن يكون المراد التابع بحسب قصد المتبايعين
٣١٨ : ٤

احتمال صاحب الجواهر أن يكون المراد التابع بحسب تباني المتعاملين
٣١٩ : ٤

المناقشة فيما احتمله صاحب الجواهر : ٣١٩

أقول: حيث إنّ الضمائم المذكورة فيها ليست من قبيل الشروط في عبارة العقد.

٣٤-٣٣/٢٠٥ قوله: بل وكذلك قصدتهما بحسب النوع.

الأوفق بالقواعد
٤ : ٣٢٠

أقول: إذ لا دخل لما ذكره من التقارب في دفع الغرر الحاصل من ضمّ المجهول من حيث الحصول.

٣٥/٢٠٥ قوله: نعم لو كان الشرط تابعاً عرفياً.

أقول: يعني لو كان ما جعل شرطاً في عبارة العقد تابعاً عرفياً، أي لو اجتمع في المجهول المنضمّ إلى المعلوم التبعية العرفية والاشتراط في العقد قبال الجزئية فيه خرج... إلى آخره.

[الإندار للظروف]

٧/٢٠٦ قوله: وعدم العلم بزيادة ما يندر.

الأقوال
في المسألة
٤ : ٣٢١-٣٢٢

أقول: يعني خصوص عدم العلم بزيادة ما يندر عمّا كان للمندر من الوزن الواقعي، وأمّا عدم العلم بنقصانه عنه فلا يعتبر.

٩/٢٠٦ قوله: الرابع التفصيل.

أقول: لعلّ هذا هو القول المشهور في المسألة ولم ينسبه إليهم هنا اكتفاء بما ذكره في صدر المسألة من نسبته إليهم مع عدم ذكره هناك ثاني شقي التفصيل، وإلاّ يصير الأقوال سبعة لا ستة، هذا مع أنّ التفصيل المذكور بعينه متن الشرايع ومع ذلك، لم ينسبه إلى المحقق رحمته فيعلم منه أنّه موافق للمشهور لمخالفته لسائر الأقوال ولا يكون ذلك إلاّ بما ذكرناه.

هذا مضافاً إلى أنّه شرح بعد ذلك بأنّه المشهور على ما يظهر من العبارة وسننبّه عليه إن شاء الله تعالى.

١١/٢٠٦ قوله: وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفرداً.

صور المسألة
٤ : ٣٢٢-٣٢٣

أقول: يعني العلم بوزنه كذلك لا حقيقة ولا تنزيلاً وحكماً.

قوله: فتارة يباع. ١٢-١١/٢٠٦

أقول: هذا الفرض خارج عن محلّ البحث بين العلماء، وظاهر المصنّف صحّة البيع فيه وإنّما محلّ البحث بينهم هو الفرض الآخر الذي ذكره بعد ذلك بقوله: «يباع على وجه التسعير».

قوله: ويمكن أن يحزّر المسألة على وجه آخر. ١٣/٢٠٦

أقول: على وجه آخر غير الوجه الذي ذكره قبل ذلك بقوله: «وأخرى يباع على وجه التسعير»، والفرق بين الوجهين أنّ الانذار على الوجه السابق يجوز أن يكون بعد البيع ان احتيج إليه لتعيين الثمن ولا يشترط كونه قبل البيع، فبدون الانذار يصحّ البيع، وإنّما هو لفرض آخر غير تصحيح البيع، وأمّا على هذا الوجه فلا بدّ من كونه قبل البيع لاعتباره في صحّة بيع المظروف من جهة إيجابه لكونه في حكم المعلوم وان لم يكن معلوماً حقيقة.

قوله: وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً. ١٤/٢٠٦

أقول: الأولى بل اللّازم أن يقول: وقلنا بعدم لزوم العلم بوزن المظروف منفرداً حقيقة، وقلنا بلزوم العلم به كذلك حُكماً وتنزيلاً بمثل الانذار المستلزم للقول بعدم كفاية العلم بمقدار المجموع، فيقع الكلام في أنّ انذار أيّ مقدار في مقابل الظرف يجعل المظروف معلوماً تنزيلاً، وهل هو منوط بالمعتاد بين التجار... إلى آخره؛ وذلك لأنّه بمجرد ما ذكره المصنّف من المقدّمات لا تصل النوبة إلى وقوع الكلام في أنّ المقدار الموجب انداره لأجل أن يكون المظروف في حكم المعلوم ماذا؟ لاحتمال كفاية العلم بوزن المجموع في الصحّة، وعليه لا حاجة إلى الانذار لأجل تصحيح البيع، بل لا بدّ فيه من إضافة ما ذكرناه من المقدّمة.

قوله: حيث أناط المقدار المنذر بما لا يحصل معه الغرر. ١٦/٢٠٦

أقول: إذ يعلم من هذه الإناطة وهذا الاعتراض أنّ الإنذار لأجل دفع

تحرير المسألة
بوجه آخر
٤ : ٣٢٣

نظر كاشف
الغطاء إلى هذا
الوجه ٤ : ٣٢٣

الغرر المانع عن صحة البيع، ولا يكون ذلك إلا على هذا الوجه الثاني في تحرير المسألة؛ إذ على الوجه الأول في تحريرها يكون الإندار لأجل تعيين الثمن. ثم إن المراد مما لا يحصل معه الغرر هو المقدار المتعارف إنداره.

١٧/٢٠٦ قوله: لا يدفع غرراً.

أقول: يعني غرراً محققاً لولا التراضي.

٢٠/٢٠٦ قوله: فلو كان الإندار لإحراز... إلى قوله: لكان معتبراً مطلقاً.

مخالفة هذا
الوجه لظاهر
كلمات الباقيين
٤ : ٣٢٤

أقول: يعني لو كان نظرهم إلى الوجه الثاني الذي قضيته كون الإندار لإحراز وزن المبيع وتصحيح العقد لكان الإندار معتبراً مطلقاً حتى في صورة عدم العلم بالمخالفة، ولم يصح تخصيص اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة، وهذا بخلاف ما إذا كان نظرهم إلى الوجه الأول في تحرير المسألة الذي مقتضاه كون الإندار لأجل تعيين ما يستحقه البائع على المشتري، لا لأجل تصحيح العقد؛ فإنه يصح حينئذٍ تخصيص اعتبار التراضي بصورة العلم بالمخالفة؛ حيث إن العقد على هذا صحيح قبل الإندار ولأجل صحته وجب على المشتري قبل الإندار إيفاء حقّ البائع من الثمن بتمامه في قبال ما اشتراه من المظروف على وجه التسعير، ووجب على البائع عدم أخذ الزائد عما يستحقه من الثمن، والإندار إنما هو لتعيين حقّ البائع، فإذا علم مخالفة المندر لمقدار الظرف فلا بدّ من التراضي، وأما إذا لم يعلم فلا يلزم التراضي؛ لأنّ العقد صحيح واشتغال ذمة المشتري بأزيد ممّا يدفعه إلى البائع غير معلوم، وكذلك اشتغال ذمة البائع بأزيد ممّا يدفعه إلى المشتري من المثلث أيضاً غير معلوم، فيرجع كلّ منهما إلى أصالة البراءة رضى به الآخر أم لا.

٢٢/٢٠٦ قوله: ولا يخفى أنّه لو كان اعتبار الإندار قبل العقد لتصحيحه.

أقول: هذا بيان لوجه مخالفة الوجه الثاني لكلام الثانيتين، وحاصله: أنّه بناء عليه لا تضييع في صورة العلم بالمخالفة وزيادة وزن الظرف أو نقصانه عمّا

كان له واقعاً، وهذا بخلافه لو أريد الوجه الأوّل وكان اعتبار الإندار بعد العقد لتعيين الثمن؛ فإنّه يتحقّق حينئذٍ في الصورة المذكورة، ويعلم وجهه من الحاشية السابقة.

قوله: وذكر المحقّق الأردبيلي رحمته الله في تفسير عنوان المسألة. ٢٩/٢٠٦
أقول: قال - في شرح قول المصنّف في الإرشاد: والإندار للظروف ما يحتمل يعني يجوز الإندار إلى آخره - ما هذا لفظه: أي يجوز بيع الموزون المظروف بأن يوزن... إلى آخر ما ذكره في المتن.

كلام المحقّق
الأردبيلي في
تفسير عنوان
المسألة ٤: ٣٢٥

قوله: فظاھرہ الوجه الذي ذكرناه حيث جوّز البيع. ٣١-٣٠/٢٠٦
أقول: يمكن الخدشة فيه بأنّه إنّما يتمّ لو كان قوله: «ثمّ يباع المظروف» المحذوف من العبارة مقدّراً قبل قوله: «ثمّ يسقط من المجموع»، وهو قابل للمنع لاحتمال تقدير بعده وقبل قوله: «ثمّ دفع ثمن الباقي»؛ إذ بناء عليه يكون ظاهراً في ثاني وجهي تحرير المسألة.

ظهور كلام
المحقّق
الأردبيلي في
الوجه الأوّل
٤ : ٣٢٦

ويؤيّد: أنّه بناء على الوجه الأوّل يلزم حمل كلامه على الصورة الثانية من صورتَي الوجه الأوّل في تحريرها؛ إذ لا حاجة إلى الإندار في الصورة الأولى منهما كما مر، وهو خلاف ظاهر العبارة؛ لأنّ قوله: «يجوز بيع الموزون» ظاهر في بيعه لا على وجه التسعير، ولا ينافي الاحتمال المذكور قوله: «ثمّ دفع ثمن الباقي»؛ حيث إنّ المناسب على هذا الاحتمال أن يقول: ثمنه، بوضع الضمير موضع الظاهر، بلحاظ أنّ الباقي بناءً عليه من تتمّة قوله المقدّر في الكلام: «ثمّ يباع» ومربوط به إمّا نائب الفاعل أو صفة لنائب الفاعل، وهو المظروف.

وجه عدم المنافاة: أنّ وضع الظاهر موضع الضمير شايع في الكلام الفصيح سيما مع عدد ذكر الظاهر في نظم الكلام كما في المقام.
وبالجملة: لم أفهم وجه ظهور العبارة المذكورة في الوجه الأوّل، فتأمل.

٢/٢٠٧ قوله: وأما الأخبار فمنها. أخبار المسألة
٤ : ٣٢٧
أقول: الظاهر أنه عطف على قوله: «إن الأقوال في تفصيل المسألة
ستة».

٣/٢٠٧ قوله في الرواية: فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق. ١- موثقة حنان
٤ : ٣٢٧
أقول: الزقاق جمع الزق - بالكسر - بمعنى القربة، والمكان مصدر ميمي،
والحارّ فيه متعلّق بالنقصان، أي بحسب البائع أو وكيله وينقص لنا مقدار نقصان
الزيت الحاصل؛ لأجل كون الزقاق معه في الوزن.
وأما معنى قوله: «ان كان يزيد وينقص» فسيأتي الكلام فيه.
٤/٢٠٧ قوله: قيل وظاهره عدم اعتبار التراضي.
أقول: القائل صاحب الجواهر على ما قيل، ونظره في وجه الظهور إلى
الإطلاق.

وحاصل إيراد المصنّف عليه: منع الإطلاق بدعوى أن من مقدّماته أنه لو
أريد المقيّد واقعاً وترك القيد لأخلّ بالغرض، وهو منتفٍ فيما إذا كان مسبوقاً
بالسؤال عن حكم المقيّد، فإنّه لو أطلق فيه الجواب وأراد المقيّد المسؤول عن
حكمه لما أخلّ بالغرض، ومعه لا إطلاق في البين، والمقام من هذا القبيل؛ لأنّ
المفروض في السؤال هو التراضي، وعلّله بأنّ الحاسب هو البائع أو وكيله،
وهما مختاران، ومع الاختيار لا يكون حساب النقص وإسقاطه إلّا بالرّضا،
والمحسوب لنفعه هو المشتري، والانسان مجبول على الرّضا بنفعه.
ثمّ أيّد عدم الإطلاق بالنهي عن القرب في صورة الزيادة؛ معللاً بأنّ
المنهيّ عنه فيها ليس القرب مع عدم التراضي؛ إذ مع عدم التراضي لا يتحقّق
القرب فيكون النهي عنه لغواً فيختصّ بصورة التراضي، ومقتضى المقابلة أن
يكون مفروض السؤال في الفقرة الأولى صورة التراضي.
هذا ويمكن الخدشة في كلّ واحد من التعليل والتأييد.

أما في الأوّل فلا إمكان كون الحاسب وكيل البائع في البيع، ويمكن منع كفاية رضاه عن رضا صاحب المال؛ لإمكان كونه وكيلًا في البيع لا في إندار الظرف، ورضا المالك بما يحسب الوكيل لمكان الظرف غير معلوم؛ لاحتمال عدم علمه بالمتعارف في الإندار أو عدم علمه بكون إنداره بالنحو المتعارف، ومجرّد كون الإندار لنفع المشتري لا يقتضي رضاه بالقدر المندر بحدّه وقدره، أي رضاه بعدم حساب مقدار يحتمل زيادته على القدر المندر.

وأما في الثاني فلمنع اختصاص المنهيّ عنه في صورة الزيادة بصورة التراضي، بل مطلق شامل لها ولصورة عدم التراضي، كإطلاق الجواز في الفقرة الأولى، وعدم تحقّق الإقدام مع عدم التراضي المستلزم بلغوية المنهي ممنوع، فتأمّل، ولعلّه لما ذكرنا أمر بالفهم.

٧/٢٠٧

قوله: فحينئذ لا يعارضها ما دلّ.

أقول: يعني فحينئذ لا إطلاق لها يعمّ صورة عدم التراضي فلا يعارضها ما دلّ إلى... آخره يعني ما دلّ بمفهومه.

مورد السؤال
في الموثقة هو
صورة التراضي
٣٢٧-٣٢٨ : ٤

٩/٢٠٧

قوله: فإنّ الشرط فيه مسوق.

أقول: هذا علّة للمنفى وهو المعارضة لا للنفي، فتأمّل تعرف.

٢-رواية علي بن
أبي حمزة
٣٢٨ : ٤

١١-١٠/٢٠٧

قوله: في الناسية والجوالق.

أقول: جوالق: معرّب جوال، والناسية: إمّا ظرف كالجوالق أو آلاته، والأوّل أنسب بكلمة «في»، ولم أر في المجمع تعرّضاً لمعناها، وليس عندي غيره من كتب اللغة.

٣-خبر علي بن
جعفر : ٤ : ٣٢٨

وفي بعض الحواشي الظاهر أنّه مصحّف، والصحيح: الباسنة، بالباء الموحّدة والنون بعد السين، وهو نوع خاصّ من الجوالق ينسج من الكتان على ما حكى عن القاموس، وأمّا المناسبة - بالنون والباء الموحّدة بعد السين على ما هو المرويّ فيما بأيدينا من الكتب - فلم يعرف له معنى مناسب للمقام في كتب

اللغة، انتهى، وعليه يكون عطفه على الجوالق من عطف الخاص على العام.

احتمالان في
الرواية الأولى
٣٢٩-٣٢٨:٤

١٢-١١/٢٠٧ قوله: ثم إن قوله: إن كان يزيد وينقص في الرواية الأولى ويحتمل.

أقول: في هذه الفقرة من الروايات ظهورات أربع:

أحدها: ظهور كل واحد من «يزيد وينقص» في أن المحقق نفس الزيادة والنقصان لا احتمالهما.

وثانيهما: كون «الواو» العاطفة بمعناها وهو الجمع لا بمعنى «أو»

الترديدية.

وثالثها: رجوع ضمير كل واحد منهما إلى النقصان لمكان جميع الزقاق،

يعني: يزيد ذاك المقدار لمكان مجموع الزقاق وينقص له لا رجوعه في

أحدهما إليه؛ لأجل بعض الزقاق وفي الآخر إليه لأجل البعض الآخر.

ورابعها: كون مورد كل من الزيادة والنقصان عين المقابلة التي هي مورد

الآخر شخصاً لا نوعاً، وإن كان غيرها نوعاً، ولما كان يلزم التناقض من حفظ

هذه الظهورات، فلا بد في رفع التناقض من رفع اليد: إما من الظهور الأول

وحملها على احتمالها، أو من الظهور الثاني وجعل «الواو» بمعنى «أو» وحفظ

بقيّة الظهورات.

وهذا هو الاحتمال الأول الذي ذكره بقوله: «يحتمل أن يراد به الزيادة

والنقيصة»، وأما من الظهور الثالث بإرجاع ضمير أحدهما إلى النقصان بلحاظ

بعض الزقاق وضمير الآخر إليه بلحاظ البعض الآخر، مع حفظ ما عداه من

الظهورات، وهو الاحتمال الثاني الذي ذكره بقوله: «أو بمعنى أنه يزيد في

بعض الزقاق وينقص في بعض آخر».

وأما من الظهور الرابع والتصرف فيه بجعل مورد الزيادة معاملة ومورد

النقصان معاملة أخرى مشتركة مع الأولى في كونهما من مصاديق نوع واحد

كبيع الزيت في الزق مثلاً مع العمل بسائر الظهورات.

والاحتمال الأول أرجح من الثاني والثالث؛ لأنّ ظهور كون مرجع الضميرين النقصان بلحاظ تمام الزقاق، وكذا ظهور كون مورد كلّ من الزيادة والنقصان عين مورد الآخر شخصاً لا نوعاً أقوى من ظهورهما من نفس الزيادة والنقصان لا احتمالها؛ إذ كثيراً ما يطلق الفعلان المتضادّان ويراد إمكانهما واحتمالهما والقدرة عليهما.

ويؤيّد ذلك: أنّه يبقى حكم بيع زقّ واحد من الزيت مثلاً غير معلوم الحكم من الرواية على الاحتمال الثاني، وكذلك حكمه وحكم بيع الزيت مثلاً في زقاق عديدة في معاملات متعدّدة فيما إذا كان الزقاق في إحدى المعاملات غيرها في أخرى، أو كان عينها ولكن مع كون الزيت فيها أو في بعضها مخالفاً له فيها أو فيه من حيث القلّة والكثرة بناء على الاحتمال الثالث؛ إذ مع وحدة الزق لا معنى للزيادة في بعض والنقصان في آخر، وفي الصورة الثانية لا يكون المندر مقداراً معيّناً سارياً في جميع أفراد نوع هذه المعاملة حتى يقال: أنّه يزيد عن مقدار الزقاق واقعاً في معاملة وينقص عنه في أخرى.

نعم يتمّ ذلك فيما إذا اتّحدت الزقاق وكان كلّها مملوئاً بالزيت، ولكن كانت يابسة قبل جعل الزيت فيها بالقياس إلى معاملة، ورطبة بالقياس إلى أخرى.

وكيف كان، فالظاهر أنّ المعنى على جميع الاحتمالات الثلاث شيء واحد وهو الجهل بالزيادة والنقيصة أمّا على الأول فواضح، وأمّا على الثاني فلأنّ الغالب عدم العلم بمقدار الزيادة في بعض الزقاق ومقدار النقيصة في البعض الآخر، فحينئذٍ إذا لوحظ أحد المندرين مع الآخر لزم الجهل بزيادة المجموع المركّب منهما ونقصانه عمّا كان للجميع في الواقع من الوزن.

وأما على الثالث؛ فلأنّ المراد من الزيادة مرّة والنقيصة أخرى أنّه إن كان المندر للظرف مقداراً لو لاحظتم الظرف ووزنتموه يزيد عن وزنه الواقعي في

مورد وينقص عنه في مورد آخر، ولازم ذلك هو الشك في الزيادة والنقيصة حين الإندار في كل معاملة شخصية؛ ضرورة أنه مع العلم بأحدهما حين الإندار في معاملة خاصة، كيف يمكن العلم بتحقيق الآخر في غيرها؟ ولعله ظاهر فتأمل جيداً.

١٥/٢٠٧ قوله: ويشهد للأول رجوع الضمير.

أقول: مع كون مورد الزيادة عين مورد النقصان شخصاً لا نوعاً؛ إذ قد عرفت فيما تقدّم أن رجوع الضمير إلى مجموع النقصان مجرداً عن ذلك لا يقتضي ذاك؛ لملاءمته مع الاحتمال الثالث أيضاً، فلا بدّ من ضمّه إلى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهرة في الجمع في شهادته للثاني؛ ضرورة صحة هذا الظاهر مع الاحتمال الثالث؛ نظراً إلى اجتماعهما في نوع هذه المعاملة بناء عليه.

١٦/٢٠٧ قوله: الظاهر في اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالهما.

أقول: ينبغي أن يقول: الظاهر في الجمع بين المتعاطفين وظهورهما في نفسيهما لا في احتمالها؛ لأنّ كون المتعاطفين نفسيهما لا احتمالهما لا ربط له بعالم «الواو» وليس على عهدها، وإنّما هو مقتضى وضع مادّتهما.

١٦/٢٠٧-١٧ قوله: وللثالث ما ورد في بعض الروايات من أنّه ربّما يشتري

الطعام.

أقول: الظاهر أنّ شراء الطعام في موردها إنّما كان بإخبار البائع، ثمّ بعد الشراء كاله المشتري لأجل أن يبيعه من آخر، وقد تقدّم أنّ الحكم فيه الصحة والخيار للمغبون، وهو في موردها البائع، والرواية لا تنفيه ولا تنفي خيار المشتري في صورة النقص.

وكيف كان، فلا أرى وجهاً لشهادتها؛ لأنّ مجرد التعبير بما يساوق قوله: «يزيد تارة وينقص أخرى» في شراء الطعام الذي لا يباع في الطرف.

ولو سلم فليس ممّا يوزن مع ظرفه لا يدلّ على أنّ المراد من قوله: «يزيد وينقص» في رواية حثّان الواردة في بيع الزيت الموزون مع ظرفه: أنّه يزيد تارة وينقص أخرى.

والأولى أن يستشهد له برواية علي بن حمزة السابقة؛ لاتحادهما من حيث المورد والسائل والمسؤول عنه، وقد عبّر فيها بقوله: «فربّما زاد وربّما نقص»؛ إذ قد يستظهر من ذلك أنّ مفاد هذين التعبيرين شيء واحد قد عبّر بأحدهما في إحدى الروایتين في كلام السائل، وفي الأخرى في كلام الإمام عليه السلام، فتأمّل.

قوله: وإن بلغ ما بلغ.
أقول: يعني وإن كان مقدار ما يحسب مع حفظ كونه زائداً مرّة وناقصاً
أخرى بلغ من الكثرة ما بلغ.
قوله: وإن زاد دائماً.

أقول: وكذلك إن نقص، وإنّما خصّ صورة الزيادة بالذكر لاختصاص مورد نهى المخاطب في فرض السؤال بلحاظ كونه مشترياً بتلك الصورة، وأمّا في صورة النقيصة فالمخاطب بالنهي هو البائع.
قوله: فلا يجوز إلاّ بهبة أو إبراء من الثمن.

أقول: يعني هبة مالك المظروف مقدار ما أندر منه لأجل ظرفه زائداً على مقدار ظرفه للمشتري، أو إبراءه إياه من ثمنه وقيّمته، الأوّل في صورة وجود عين ذاك المقدار، والثاني في صورة تلفه عند المشتري.

قوله: أو مع التراضي بناء.
١٩/٢٠٧

أقول: يعني أو يجوز مع التراضي لكنّه مبنيّ على أمرين:
أحدهما: عدم توقّف جواز الشق الأوّل - وهو صورة كون ما يحسب
يزيد تارة وينقص أخرى على التراضي، كما تقدّم نقل اختياره عن الجواهر.

والثاني: وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت.

وجه الابتناء عليهما أنه بناء على توقّف الشقّ الأوّل على التراضي لا يجوز في هذا الشقّ مع التراضي، وإلا لا يبقى فرق بين الشّقين، وهو خلاف مقتضى المقابلة بينهما في الرواية بالإثبات والنفي، وكذلك بناء على وقوع المحاسبة من صاحب الزيت؛ إذ معه يختصّ موضوع النهي عن القرب ومورده بصورة التراضي بالزائد حين الإندار والإسقاط، فكيف يمكن الحكم بالجواز مع أنه خلاف الرواية؟

فظهر أنّ قوله: «ووقوع المحاسبة... إلى آخره» عطف على «عدم توقّف... إلى آخره» ذكره لبيان فرض يتحقّق فيه عدم التراضي بإندار الزائد حين الإندار حتى يقال بالجواز حين طرؤ التراضي.

٢٠١٩/٢٠٧ قوله: وكيف كان فالذي يقوى في النظر.

الأقوى جواز
إندار ما يحتمل
الزيادة
والنقيصة
٣٢٩ : ٤

أقول: محصّله التفصيل بين ما انتفى فيه كلا الأمرين من العادة وكون المقدار المندر محتمل الزيادة والنقيصة، فيجوز مع التراضي خاصّة؛ لكونه بدونه أكلاً للمال بالباطل: مال المشتري في صورة النقيصة ومال البائع في صورة الزيادة، وبين ما لم يكن كذلك إمّا من جهة كون المندر محتمل الزيادة والنقيصة ولو لم يكن هناك عادة معلومة، وإمّا من جهة وجود العادة المعلومة. ولو علم بالزيادة أو النقيصة فيجوز مطلقاً ولو لم يتراضيا بعد العقد على إندار هذا المقدار.

أمّا في الأوّل؛ فلما ذكره من الأصل.

وأمّا في الثاني؛ فلأنّ الإقدام على المعاملة على المظروف الموزون مع الظرف على وجه التسعير، وبيع كلّ رطل بدرهم مثلاً مع العلم بوجود عادة في مقدار المندر للظرف مخالفة للواقع بالزيادة أو النقيصة، مرجعه في صورة العلم

بالزيادة إلى بيع كل رطل من الزيت مع جزء من الزيت الساقط عن حساب الأبطال لأجل زيادة الإندار، وفي صورة العلم بالنقيصة إلى بيع كل رطل بدرهم وجزء من الدرهم، فعلى هذا لا يبقى شيء من الزيت، والدرهم قد تسلط عليه غير مالكة بلا عوض حتى يحتاج إلى رضا المالك.

ولا يخفى أن هذا لا ينطبق على أحد الأقوال الستة المتقدمة إلا القول الثالث، لكن مع الالتزام بإسقاط قوله: «ومع عدمهما يتراضيان به» اتكالا على وضوحه؛ أو القول الرابع، لكن مع الالتزام بأنه سقط من آخر العبارة هنا ما يفيد مفاد قوله: «مع عدم العادة، وأما مع العادة فهي المرجع ولا يشترط التراضي»، ولعل هذا هو الصواب؛ نظراً إلى جعله القول المشهور، فتدبر.

٢٢/٢٠٧

قوله: ولعلّه مراد من.

أقول: يعني ولعلّ فرض العلم بالعادة مراد من لم يقيد الرجوع إلى العلم بالعادة، كالشهيدين في اللمعة وصريح الروضة.

/٢٢

قوله: إلا مع التراضي لسقوط حق.

أقول: لام «لسقوط» - على تقدير الصحة وعدم تصحيفها من الباء - للصلة ويمكن أن تكون علة للجواز مع التراضي المستفاد من الحصر، يعني يجوز مع التراضي لسقوط حق من له الحق حينئذٍ لأجل التراضي.

٢٤/٢٠٧

قوله: فالمعول عليه رواية حنان.

أقول: ومفادها مغاير لمقتضى القاعدة الذي ذكره بقوله: «فألذي يقوى في النظر» يعني يقوى بحسب ما يقتضيه القواعد من وجهين:

أحدهما: أن مفادها جواز الإندار باجتماع أمرين: العادة والجهل بالزيادة والنقيصة، وأما مقتضى القاعدة جوازه مع أحدهما.

والوجه الثاني: أن مفادها عدم الجواز مع العلم بالزيادة مع وجود العادة المعلومة الذي قد عرفت أن الإندار فيه لا ينفك عن التراضي بكونه جزءاً من

حكم الإندار
مع العلم
بالزيادة
أو النقيصة
٤ : ٣٣٠

ما يستفاد
من النصوص
٤ : ٣٣٠

المبيع، بل لا بدّ من رضا جديد بكونه له في ضمن الهبة وراء الرضا الموجود في ضمن المعاملة.

وأما بحسب القاعدة فيجوز كما عرفت.

ثم إن وجه تخصيص الموعول عليه من بين النصوص بخصوص رواية حنان لعل نظره فيه إلى المناقشة في سند رواية علي بن حمزة ورواية قرب الإسناد، وإلا لكان اللازم هو التعويل على رواية قرب الإسناد الظاهرة في عدم اعتبار العادة من حيث الإطلاق الغير المعارض لها روايتا حنان وعلي؛ حيث إن دلالتهما على اعتبار العادة ليست إلا من حيث المورد، فافهم.

٢٨/٢٠٧ - قوله: وأما مع عدم أحد القيدتين فمع الشكّ.

أقول: يعني وأما مع انتفاء أحد القيدتين فيكون خارجاً عن مدلول الرواية، فلا بدّ من الرجوع إلى القاعدة، فمع وجود الشكّ في الزيادة والنقيصة دون العادة يجوز الإندار، لكن مراعى بعدم انكشاف أحدهما، ومع وجود العادة دون الشكّ فيهما بل العلم بالزيادة أو النقيصة يجوز بناء... إلى آخره.

٢٣/٢٠٧ قوله: فهو هبة له.

أقول: أي التواطي عليه في متن العقد.

٢٥/٢٠٧ قوله: من حيث ظهورها في كون حساب المقدار الخاصّ متعارفاً.

أقول: يعني بـ«المقدار» الخاصّ المشار إليه بلام العهد في كلمة «النقصان» في الرواية، ونظره في وجه ظهورها في تعارف ذلك إنما هو من جهة المورد، فإنّ قوله: «إنّا نشترى» بصيغة المتكلّم مع الغير مع كون القائل زيّاتاً الذي مفاده: أنا جماعة الزيّاتين الذين تجارتنا شراء الزيت نشترى الزيت في الزقاق، فيحسب لنا في كل معاملة النقصان، ظاهر في كثرة وقوع هذا النحو من المعاملة منهم وتعارف حساب ذاك النقصان لهم.

قوله: واعتبار عدم العلم بالزيادة.

حكم الإندار
مع العلم
بالزيادة
أو النقيصة
٤ : ٣٣٠

ما يستفاد
من النصوص
٤ : ٣٣١ - ٣٣٠

أقول: من حيث ظهور قوله: «إن كان يزيد وينقص» في ذلك على جميع الاحتمالات الثلاثة المتقدمة.

قوله: لأنّ هذا ليس من أفراد المطلق.
 ٣٠/٢٠٧
 أقول يعني أنّه ليس هنا لفظ مطلق يكون المقدار المعتاد في الإندار فرداً من أفراد مدلول ذلك اللفظ حتى ينصرف إليه بواسطة كون العادة صارفة إليه. وفيه: أنّ المراد من الانصراف كون العادة قرينة على التراضي على كون الزائد بعوض على النحو الذي ذكرناه في وجه عدم اعتبار التراضي مع العلم بالزيادة فيما إذا كان إندار الزائد متعارفاً، ولا حاجة في ذلك إلى ما ذكره، فتأمّل.

[بيع المظروف مع ظرفه]

قوله: والوجه في ذلك.
 ١٣/٢٠٨
 أقول: يعني الوجه في توجيه ذلك الذي ذكره في المسالك في كيفية التقسيط ملاحظة... إلى آخره.

٣- أن يبيعه
 مع الظرف كلّ
 رطل بكذا
 ٤: ٣٣٥-٣٣٦

قوله: كسراً مشاعاً من المجموع.
 ١٤/٢٠٨
 أقول: يعني مجموع الظرف والمظروف الملحوظين شيئاً واحداً.
 قوله: ليساوي ثمنه.

أقول: يعني ثمن مقدار من الظرف ثمن هذا المقدار من المظروف.
 قوله: فالمبيع كلّ رطل من هذا المجموع لا المركّب.
 أقول: يعني أنّ المبيع كلّ رطل من هذا المجموع من الظرف والمظروف الملحوظين شيئاً واحداً من جنس واحد إمّا من جنس الظرف وإمّا من جنس المظروف، لا كلّ رطل مركّب من الظرف والمظروف بدون الملاحظة المذكورة بل مع ملاحظة كلّ منهما بجنسه المغاير لجنس الآخر؛ وذلك لأنّه لو كان المبيع من الثاني بأن باع كلّ رطل مركّب من الظرف والمظروف بدرهم، مع ملاحظة

جنس كلّ منهما على ما هو عليه، لكان اللازم أن يوزّع الدرهم عليهما بحسب قيمة مثلهما من حيث المقدار والجنس وغيرهما ممّا له دخل في المالّة، بأنّ يقوم مقدار الظرف من الرّطل منهما بقيمة، ومقدار المظروف منه أيضاً بقيمة، ثمّ ينسب احدي القيمتين إلى الأخرى، ويؤخذ لكلّ منهما من الدرهم الذي هو ثمن الرّطل بتلك النسبة.

ولازم ذلك هو التقسيط بالمناصفة في فرض كون المجموع عشرة، وكون الظرف رطلين خمس المجموع فيما إذا كان قيمة الظرف مساوية لقيمة المظروف لا أخماساً، كما هو قضية ما ذكره في المسالك في كيفيّة التقسيط من نسبة مقدار نفس الظرف إلى الجملة والأخذ بتلك النسبة من الثمن، وهذا بخلاف ما إذا كان المبيع من الأوّل، أعني: صورة ملاحظتهما من جنس واحد. ١٦/٢٠٨ قوله: الذي هو وزن المظروف.

أقول: هذا صفة للجنس، والموجود صفة للوزن، وضمير «فيه» راجع إلى الرّطل المذكور، والمراد به الرطل من المركّب من الظرف والمظروف، ومنه يعلم أنّ قوله: «التي هي مقدار المظروف» صفة للأربعة، والموجود صفة للمقدار.

[● استحباب التفقه في مسائل التجارة]

٢٠/٢٠٨ قوله في حكاية كلام المفيد^(١): ونهى عن طلب الخبيث للمعيشة والإنفاق.

كلام الشيخ
المفيد في
المسألة

٣٣٨-٣٣٧: ٤

أقول: ليس في الآيتين نهى عن طلب الخبيث للمعيشة إلّا أن يراد من الإنفاق في قرأه تعالى: ﴿تُنْفِقُونَ﴾^(١) الأعمّ من الإنفاق للغير والإنفاق للنفس، أي معيشة نفسه، فيكون عطف الإنفاق على المعيشة

من عطف العام على الخاص.

وفيه: بعد تسليم عمومه للانفاق في المعيشة: ينبغي التعرّض لذلك في الانفاق من طيب الاكتساب.

وكيف كان، فالظاهر من كلامه ﷺ أن المراد من الطيب والخبيث: الحلال والحرام، وهو ممكن المنع لقوة احتمال أن يراد منهما الجيد والردي، والمحبوب والمكروه في نظر المالك، فمفادهما مفاد قوله تعالى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(١) والمناسب لهذا كون الأمر والنهي فيهما للاستحباب والكراهة.

قوله: ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة فإن معرفة إلى آخره.

٢٥/٢٠٨

ظاهر كلام
الشيخ المفيد
الوجوب من
باب المقدمة
٣٣٨-٣٣٩: ٤

أقول: قضية ما ذكره المصنّف ظهور كلامه في وجوب التفقه من كونه مقدّمة للواجب العقلي وهو ترك المحرّمات وامثالها فتجنّزها عليه بمجرد الالتفات إلى وجودها قبل الإقدام فيها وفي اطلاقه تأمل، بل الظاهر من ما ذكره في ذيل آية ﴿انْفِقُوا﴾^(٢) وآية ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا﴾^(٣) بقوله: «فندب» أي الله تعالى إلى الانفاق... إلى آخره.

وجوبه من باب أنّه مقدّمة لواجب شرعيّ وحرام كذلك ولكن لما كان من المعلوم أن الأمر والنهي في الآيتين من صغريات أوامر الإطاعة التي لا يعقل فيها إلا الارشاد عبّر بما ذكر.

ثم إن المراد من مقدّمة التفقه لامتنال المعاملات المحرّمة وتوقّفه عليه هي بالنسبة إلى التاجر المريد للتجارة، وإلا فلا توقّف لامكان تركها بترك

(١) آل عمران: ٩٢.

(٢) يس: ٤٧.

(٣) البقرة: ٢٦٧.

التجارة والمعاملة.

٢٩/٢٠٨ قوله: في غير واحد من الأخبار.

أقول: كالأخبار الواردة في مجدور أجنب فغسل فكّر فمات، المشتملة على قوله: «قتلوه قتلهم الله ألا سألوا؟ ألا يَمّموا؟»، والخبر المتضمّن لقوله: «هَلّا عملت؟ قال: ما عملت؟ قال: هَلّا تعلّمت؟».

٣٢/٢٠٨ قوله: بعد ثبوت أدلة التحريم.

أقول: يعني أدلة تحريم المعاملة فإنّها بإطلاقها تعمّ صورة الجهل بالحرمة، فتأمل.

قوله: ووجوب طلب العلم على كلّ مسلم.

أقول: ينبغي تبديل هذا بقوله: ووجوب تعلّم المسائل الفرعية مثل الأخبار المتقدّمة الواردة في ذمّ الجاهل المقصّر في المعصية؛ لأنّ عموم مثل: «طَلَب العلم فريضة على كلّ مسلم ومسلمة» لغير العقائد غير معلوم.

٣٥/٢٠٨ قوله: ويمكن أن يكون في قوله عَلَيْهِ السَّلَام: «التاجر فاجر».

أقول: روى الصدوق عن أصبغ بن نباتة قال سمعت عليّاً ع يقول على المنبر: «يامعشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، والله للرّبا في هذه الأُمّة ديبه أخفى من ديب النمل على الصّفا، وصونوا أنفسكم بالصدقة، التاجر فاجر، والفاجر في النار إلّا من أخذ الحقّ وأعطى الحقّ» والصدوق روى قوله: «التاجر فاجر...» عن النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا.

١/٢٠٩ قوله: بناء على أنّ الخارج من العموم ليس إلّا من علم... إلى آخره.

أقول: لكنّه خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر منه من أعطى الحقّ واقعاً ولو لم

يعلم به.

٢/٢٠٩ قوله: لوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام.

أقول: يعني في مقام البناء على التصرف فيما يحصل في يده من أموال

عدم الوجه
في عدم
عقاب الجاهل
المقصّر
٣٤٠ : ٤ - ٣٣٩

وجوب التعلّم
في المعاملات
شرعي : ٤ : ٣٤٠

الناس، فمراده من «الغير» في قوله فيما بعد: «في غير هذا المقام» مقابل ذلك من التصرف في مال كان لنفسه يجعله في معاملة عوضاً عن مال الغير أو معوضاً له.

قوله: فوجوب المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي لنهي الشارع عن التصرف.

أقول: إن أراد من «المعاملة الصحيحة»: المعاملة الأولى التي بها يتوسل التاجر إلى حصول مال الغير بيده، ففيه: أن مجرد حرمة التصرف في هذا المال الواصل إليه من الغير بتلك المعاملة المجهولة الحال صحة وفساداً بالحرمة الظاهرية الناشئة من أصالة عدم انتقاله إليه لا يوجب وجوب معرفة صحة تلك المعاملة ولو مع البناء على التصرف فيه إلا من باب المقدمة للواجب العقلي وهو امتثال الحرام الظاهري والتخلص عن مخالفته برفع موضوع الأصل وهو الشك إما بإحراز صحتها والقطع بالانتقال، وإما بإحراز فسادها فيتركها.

وإن أراد منها المعاملة الواردة على ذاك المال الواصل إليه من الغير بالمعاملة السابقة عليها المجهول حالها، ففيه: أن الوجوب حينئذٍ وإن كان شرعياً ظاهرياً إلا أن متعلقه نفس المعاملة بلحاظ كونها من قبيل التصرف مع كون المراد من التصرف تركه، وإلا لكان حراماً لا واجباً لأن متعلقه المعرفة، فافهم.

قوله: فإنَّ القدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية.

٥/٢٠٩

توجيه الحكم
بالاستحباب
٣٤١ : ٤

أقول: ينبغي أن يكون «الدقيقة» بدل «الفقهية».

وكيف كان، لم أفهم وجه التفرقة بين المتعاطفين، فلا بد من التأمل التام.

قوله: ويشهد للغاية الأولى قوله في مقام تعليل وجوب التفقه.

٦/٢٠٩

أقول: يعني به ما مرّ نقله في رواية أصبغ.

ثم إن هذا شاهد لوجوب التفقه للغاية الأولى وهي الإطلاع على المسائل الدقيقة للرّبا لا لاستحبابه.

٧/٢٠٩ قوله: وظاهر صدره الوجوب.

أقول: يعني به قول: «فليتفقه» لظهور الأمر في الوجوب، لكن يرفع اليد عنه بعد ملاحظة عدم وجوب الغاية المترتبة على تركه وهي التورّط في الشبهات؛ حيث إنّ التحرّز عن الشبهة بما هي ليس بواجب.

١١/٢٠٩ قوله: وترك إلقاء كلّ على الناس الموجب لاستحقاق اللّعن.

أقول: يدلّ على ذلك ما عن عليّ بن غراب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: «ملعون من ألقى كلّ على الناس».

١٥/٢٠٩ قوله: وذكر في الحقائق.

أقول: ذكره في الصفحة الثانية من أوّل المتاجر.

١٦/٢٠٩ قوله: وهو الأظهر بين علمائنا.

أقول: عبارة الحقائق: ولعلّه الأظهر كما هو بين علمائنا أشهر. انتهى.

ولعلّ مراده من الأشهرية بينهم: هي من حيث العمل؛ حيث إنهم اشتغلوا بالعلم وتركوا الاشتغال بالكسب لا من حيث الفتوى؛ إذ لم ينقل الفتوى بذلك من واحد منهم فضلاً عن كونه أشهر بينهم.

١١/٢١٠ قوله: ثمّ إنّه لا إشكال في أنّ كلّاً من طلب العلم وطلب الرزق ينقسم إلى الاحكام الأربعة أو الخمسة.

أقول: ما ذكره هنا... إلى آخره هو الوجه الثاني من وجهي الجمع الذي ذكره في الحقائق بأدنى تغيير، فراجع الحقائق ولاحظ.

١٢/٢١٠ قوله: ولا إشكال أيضاً في أنّ الأهمّ من الواجبين العينين مقدّم على الآخر.

أقول: جعل صاحب الحقائق طلب الرزق هو الأهمّ المقدّم في صورة

توهم التعارض
بين أدلة طلب
العلم وأدلة
طلب الاكتساب
٣٤١ : ٤ - ٣٤٢

ما ذكره في
الحقائق في
وجه الجمع
بينهما ٣٤٢ : ٤

رأي المصنّف
في وجه الجمع
٣٤٧ : ٤

وجوب كلّ منهما عيناً وبأنّ المعلوم من الشارع في جملة من الأحكام تقديم مراعاة الأبدان على الأديان، واستشهد عليه بوجوب الإفطار على المريض، والتميم على المتضرّر بالماء، وإباحة الميتة على المضطرّ.

[• تلقّي الركبان]

قوله: منها ما عن منهال القصاب.

٢٥/٢١٠

أقول: رواه في الوسائل عن الكليني والشيخ في التهذيب، عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن عبد الرحمن بن الحجاج، عن منهال القصاب، ومن هنا يعلم بأنّ حكاية القول بأنّ «ما فوق ذلك» - أي ما فوق دون الغدوة والروحة - ليس بتلقّ، عن ابن أبي عمير إنّما هي من إبراهيم لا من منهال حتى يشكّل بما لا يخفى.

وفي روايه أخرى لمنهال القصاب: «قال: قلت: ما حدّ التلقّي؟ قال: روحه» ويجمع بينهما بما يأتي من الالتزام، وبخروج الحدّ عن المحدود في الثاني ودخوله في الأوّل.

قوله: وفي خبر عروة.

٢٦/٢١٠

أقول: رواه في الوسائل عن الكليني، عن أبي عليّ الأشعري، عن محدّد بن عبد الجبار، عن أحمد بن النضر، عن عمرو بن شمر، عن عروة بن عبد الله، عن أبي جعفر عليه السلام، ورواه الصدوق مرسلًا إلّا أنّه قال: «وذروا المسلمين... إلى آخره».

ومثله من حيث الفقرة الثانية رواية سفيان بن عنبسة، عن أبي الزبير عن جابر قال: «قال: لا يبيع حاضر لباد، ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، وتفسير هذه الفقرة ما رواه في الكافي عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن مرازم، عن يونس بن يعقوب قال: تفسير قول النبي صلّى الله عليه وآله: «لا يبيع حاضر لباد»

الاستدلال
على التحريم
بظواهر الأخبار
٣٥١-٣٥٠: ٤

أنّ الفاكهة وجميع أصناف الغلات إذا حملت من القرى إلى السوق فلا يجوز أن يبيع أهل لهم من الناس، ينبغي أن يبيعه حاملوه من القرى والسواد، فأما من يحمل من مدينة إلى مدينة فإنه يجوز ويجري مجرى التجارة.

قال في الوافي: بيان «فأنّه يجوز»: أي يجوز أن يبيع لمالكة إذا كان هو حامله من موضع إلى آخر، وهذا الحكم مخصوص بالفواكه والغلات كما هو منطوق الكلام لما سيأتي منا وأن أخذ الأجرة للسمسار في غيرها، ولعلّ الوجه فيه: أنّ للفواكه والغلات أسعاراً معيّنة لا صنعة للسمسار في بيعها بخلاف غيرها. انتهى.

أقول: لا حجية في تخصيص يونس بالفواكه والغلات.
ولو سلّم ففي إطلاق تعيّن أسعارهما - ولو في صورة الحمل من القرى - منع لمشاهدة الاختلاف في أسعار الفواكه يوماً فيوماً.

ولو سلّم ففي نفي «صنعة للسمسار» فيه مع تعيّن القيمة كي يكون عمله بلا عوض، فلا يجوز تأمل بل منع، يعلم وجهه بالمراجعة إلى أهل السوق.
ولو سلّم ففي كون جهة المنع أخذ الأجرة منع، بل قضية قوله ﷺ: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» الذي هو في مقام التعليل للنهي أن جهة المنع فوات ارتزاق أهل البلد من البادي إذا كان المتصدّي لبيع متاع أهل البادية والمباشر له من أهل البلد؛ حيث إنّه من جهة كونه من أهل البلد يتمكّن من حفظ المتاع عنده ورجوع صاحبه إلى محلّه، ومعه لا يبيع إلا بسعر البلد أو بقليل منه يسيراً، فلا ينتفع المشتري، هذا بخلاف ما إذا كان المتصدّي له نفس البادي صاحب المتاع، فإنه نوعاً لا يتمكّن من البقاء في البلد إلى أن يبيعه بقيمته السوقية، فيبيعه بأقلّ منها فينتفع المشتري.

٢٧/٢١٠ قوله: وفي رواية أخرى: لا تلق.

أقول: سند الرواية على ما عن الكافي عدّة من أصحابنا، عن سهل بن

زياد وأحمد بن محمد جميعاً، عن ابن محبوب عن، ثني الحنّاط، عن منهال القصّاب، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال: لا تلقَ ولا تشتَرِ ما تلقى ولا تأكل منه»، ورواه الصدوق بسنده عن منهال القصّاب: أنّه سئل أبا عبد الله عليه السلام عن تلقي الغنم، فقال: «لا تلقَ ولا تشتَرِ ما تلقى ولا تأكل من لحم ما تلقى».

قوله: وظاهر النهي عن الأكل كونه لفساد المعاملة. ٢٨ - ٢٧/٢١٠

أقول: يعني فساد معاملة المتلقّي مع المتلقّى له، ولعلّ وجه ظهور كون النهي عن أكل ما تلقى لذلك هو استبعاد حرمة أكل الإنسان ماله لولا ذلك، وفيه تأمل؛ لإمكان طرؤ الحرمة عليه من جهة تعبونه بالتلقّي نظير حرمة أكل المال الحلال إذا كان في آنية الذهب والفضة، أو فيما إذا كان بحكم قاضي الجور على أظهر في كلتا المسألتين.

وأما الأسكافي فلعله يقول بفساد الشراء من المتلقّي - بالكسر - إلا الشراء من المتلقّي - بالفتح - وعليه يمكن أن يكون نظره إلى قوله: «لا تشتَرِ ممّا تلقى» لا إلى قوله: «لا تأكل» منه فلا بدّ من مراجعة كلامه.

قوله: فيقصر عن إفادة الحرمة والفساد. ٢٩/٢١٠

أقول: الأوّل لضعفها، والثاني لمخالفة الأصحاب.

قوله: لو وجد القول بكراهة الأكل.

أقول: لا وجه لهذا التقييد على الظاهر؛ وذلك لأنّ حملها على الكراهة مع ضعفها إن كان من جهة قاعدة التسامح في أدلّة الكراهة، ففيه: أنّ الرواية كافية في القول بها فلا حاجة إلى وجود القول بها، وإن كان مع قطع النظر عنها، ففيه: أنّ مجرد القول بها لا يخرجها عن الضعف فلا يجدي.

قوله: ولا بأس به.

أقول: فيه أنّ حسم مادّة التلقّي أمر اعتباريّ لا يصلح الاستناد إليه، وعلى فرض صلاحية لا فرق بين الكراهة والحرمة، بل الثاني أولى لكونه في

الأخبار
محمولة على
الكراهة ٤: ٣٥١

تحصيل الغرض أقوى.

٣٠/٢١٠ قوله: ومما ذكرنا يعلم أنّ النهي.

أقول: يعني بالموصول خصوص الضعف لا هو مع مخالفة الأصحاب؛ لأنّ المراد من النهي في سائر الأخبار النهي عن التلقّي، وحرمة ليست مخالفة للأصحاب لذهاب جملة من الأساطين إلى الحرمة على ما تقدّم نقله في صدر المسألة، بل مخالفة للمشهور كما صرح به في الذيل، إلّا أن يراد من الأصحاب ما ينطبق على المشهور، فيصحّ حينئذٍ أن يراد من الموصول كلا الأمرين: الضعف ومخالفة الأصحاب.

وعلى أيّ حال لا وجه لتعليل الحمل على الكراهة بموافقته للأصل؛ لأنّ الكراهة مخالفة للأصل بمعنى الاستصحاب، والموافق للأصل عدم الحرمة، وهو أعمّ من الكراهة.

٣١/٢١٠ قوله: وقد تبعوا بذلك مرسلّة الفقيه.

أقول: الظاهر أنّه في مقام العلّة لاستظهار زوال المرجوحيّة في أربعة فراسخ، وقوله: «فإنّ الجمع... إلى آخره» بيان لوجه العلّة، والأولى أن يقول: والظاهر أنّ مرادهم خروج الحدّ عن المحدود وزوال المرجوحيّة إذا كان أربعة فراسخ؛ لأنّه قضيّة الجمع بين رواية منهال المحدود بما دون الروحة وروايته الأخرى المحدود بالروحة؛ وذلك لأنّ الجمع بين صدر مرسلّة الصدوق وذيلها، وهي ما ذكره بقوله: «وروى أنّ حدّ التلقّي روحة» إنّما يكون شاهداً عليه لو كان الذيل جزء الرواية، وهو غير معلوم؛ لاحتمال أن يكون من كلام الصدوق، ولو سلّم فلا ينحصر الجمع بما ذكر كي يكون دليلاً على خروج الحدّ؛ لا مكان الجمع بينهما بإرادة التجاوز عن الحدّ من البلوغ إلى الأربعة بأن يكون الغاية داخلّة في المغيّات.

والتحقيق أن يقال: إنّ رأس أربعة فراسخ ليس أمراً خارجياً وإنّما هو

حدّ التلقّي
أربعة فراسخ
٤ : ٣٥٢

خطّ موهوم أحد طرفيه دون الأربعة، والآخر فوقها؛ وحينئذ نقول: إنّ المراد من الحدّ الذي وقع في الجواب عنه روحة كما في رواية، هو ذاك الخطّ الفاصل بين الطرفين الذي كما هو نهاية للأربعة، كذلك هو بداية لما فوقها، كأن السائل قال: ما الحدّ الذي به يمتاز موضوع الكراهة وهو التلقّي عن موضوع عدم الكراهة وهو التجارة، ويكون أحد طرفي ذاك الحدّ موضوع هذا والطرف الآخر موضوع ذاك؟ فأجاب: بأنّه روحة وأربعة فراسخ. والمراد من الحدّ الذي وقع في الجواب عن السؤال عنه قوله: «دون غدوة أو روحة» هو الحدّ الذي يتحقّق فيه موضوع الكراهة، فكان السائل قال: قلت: ما الحدّ الذي يكون تلقياً؟ فأجاب عليه بأنّه ما دون غدوة وروحة.

وفهم من ذلك كما فهم ابن أبي عمير أنّ الحدّ الذي لا يكون تلقياً بل يكون تجارة ما فوق الغدوة والروحة؛ بناء على ان يكون المشار إليه بذلك في كلامه هو الغدوة والروحة لا ما دون، ولعلّه الظاهر.

ومن هنا يظهر الحال في مرسلة الصدوق وأنّ معناها: أنّ آخر حدّ التلقّي الذي هو فاصل بين هذا الموضوع وبين موضوع التجارة الغير المكروه هو الجزء الأخير من الروحة، فإذا انتهت الأربعة ولم يبق منها جزء إلا وقد عمّه بلوغ المتلقّي في سيره الذي لا يتحقّق إلا بالتجاوز عنه فهو جلب، فالمحلّ الذي به ينتهي الروحة حدّ فاصل بين التلقّي والجلب أحد طرفيه وهو ما دونها تلقً، والآخر وهو ما فوقها جلب.

وما ذكره العلامة في المنتهى موافق لما ذكرناه؛ حيث إنّ مراده أنّ العلماء جعلوا الأربعة حدّاً به يمتاز التلقّي المكروه عن التجارة، ولازم حدّية الجزء الأخير مع كونها نهاية للأربعة باعتبار، وبداية لما زاد باعتبار آخر أنّه إن نقص عن ذلك يكون تلقياً، وإن زاد عليه يكون تجارة، ولا ينافي ذلك بتحقيق السفر الحقيقي بذهاب هذا المقدار وإيابه بتوهم أنّه لا يعتبر في تحقيق السفر بالذهاب

والإياب الزيادة على الأربعة؛ وذلك لأنّ سير تمام فراسخ بتمام أجزائه حتى الجزء الأخير لا يتمّ إلاّ بمرور أجزاء بدنه عليه، وهو لا يكون إلاّ قدمه عن هذا الجزء.

٣٣/٢١٠ قوله: لكن قال في المنتهى حدّ علماؤنا.

هل الحدّ داخل
في المحدود
أم خارج عنه؟
٤ : ٣٥٢

أقول: لما كان قول العلامة: «فإن زاد على ذلك كان تجارة وجلباً» ظاهراً من حيث المفهوم، ظاهراً في كون نفس أربعة فراسخ بلا زيادة تلقياً فيكون مخالفاً لما ذكره من عدم كونه تلقياً، استدركه بأنّ المراد منه البلوغ إلى أربعة فراسخ. والتعبير بالزيادة مسامحة.

والدليل عليه: تعليل كونه تجارة مع الزيادة لا تلقياً بحصول السفر الحقيقي.

وجه الدلالة أنّه يكفي في تحقّقه نفس الأربعة روحة ورجعة، ولا يعتبر فيه الزيادة.

٣٥/٢١٠ قوله: ولعلّ الوجه في التحديد بالأربعة أنّ الوصول على الأربعة.

أقول: الذي أظنّه أنّ الغرض من ذلك بيان إمكان عدم مسامحة في التعبير لإمكان التصرّف في أوّل كلامه، بأنّ يقال: إنّ المراد من الأربعة المحدود بها الكراهة ما فوق الأربعة، والتعبير بها مع إرادة الزائد مبنيّ على الغالب في مقام إحرازها؛ لأنّ العلم بالوصول إلى الأربعة بلا زيادة ونقيصة نادر جداً، فلا يصلح أن يكون ضابطاً لرفع الكراهة؛ إذ لا يعلم غالباً أنّه وصل إلى الأربعة إلاّ إذا تجاوز عنها ولو يسيراً، فلا بدّ أن يراد الغالب من حيث العلم بالوقوع وهو صورة الزيادة، فكانه قال: حدّ علماؤنا التلقّي بالزائد عن الأربعة، فحينئذٍ يكون قوله «فإذا زاد على ذلك» - أي الأربعة - على ظاهره خالياً عن المسامحة، وقد عرفت في الحاشية السابقة أنّ عبارة العلامة على ظاهرها صدراً وذيلاً موافق للتحقيق، ولا مسامحة فيها ولا تأويل.

وكيف كان، فقد علم ممّا ذكرنا في شرح قوله المعنون به الحاشية أنّ حقّ العبارة أن يقول: إذ لا يعلم بدل «إذ لا يقال»؛ لأنّه مناقض لفرض تحقّق الوصول على الأربعة بلا زيادة ونقيصة ولو نادراً كما هو ظاهر، فراجع.

٢/٢١١

قوله: إذ بدونه لا يصدق التّلقّي.

أقول: إذ القصد أخذ في معنى هيئة التّفعل.

٣/٢١١

قوله: وكذا في اعتبار قصد المعاملة.

أقول: إذ الظاهر من مساق الأخبار كون التلقّي لأجل المعاملة، بل يمكن استفادة ذلك من رواية عروة بناءً على أنّ «تجارة» مفعول له، لكنّه غير معلوم لاحتمال أن يكون مفعولاً به، كما يؤيّدّه أنّ في الفقيه «طعاماً» بدل «تجارة».

قوله: ظاهر التعليل في رواية عروة المتقدّمة اعتبار جهل الرّكب

٤ - ٣/٢١١

بسعر البلد.

أقول: يعني بالتعليل قوله: «والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»؛ لأنّه في مقام العلّة الغائيّة للنهي، والمراد من البعض الأوّل: أهل البلد، ومن الثاني: الرّكب، وحينئذ وجه ظهوره فيما ذكره واضح؛ إذ مع العلم بالسعر لا يترتّب على ترك التلقّي ما ذكر من ارتزاق أهل البلد من الرّكب، فيكون تعليل النهي به لغواً.

٤/٢١١

قوله: ولكنّه مبنيّ على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير.

أقول: يعني ولكنّه يحتمل اختصاص التعليل المذكور بالنهي عن بيع الحاضر للبادي، فعلى هذا التقدير يحتمل أن يكون العلّة في كراهة التلقّي... إلى آخره.

٧/٢١١

قوله: نعم لا بأس باستيهابهم.

أقول: لخروجه عن مساق الأخبار، فيرجع إلى أصالة الإباحة المقتضية

للجواز.

اشترط
الكراهة بقصد
المعاملة معهم
٤ : ٣٥٣

هل يشترط في
الكراهة جهل
الركب بسعر
البلد؟ ٤ : ٣٥٣

عدم الفرق بين
الأخذ بصيغة
البيع أو
الصلح أو
غيرهما ٤ : ٣٥٣

شروط العوضين / المال المدفوع ليصرف في قبيل ٥٤١

لو نلقاهم
لمعاملات آخر
غير شراء
متاعهم ٤: ٣٥٤

٨/٢١١ قوله: لمعاملات آخر غير شراء متاعهم.

أقول: مثل بيع شيء منهم، وإجارة الخانات لهم.

١١/٢١١ قوله: ولعله لإطلاق النبوي.

ثبوت الخيار
لهم عند الغبن
الفاش ٤: ٣٥٤

أقول: يشكل ذلك بأن الحلّي لا يعمل بخبر الواحد المسند الصحيح،

فكيف بالنبوي العامي المرسل؟!

١٢/٢١١ قوله المحمول على صورة تبين الغبن.

أقول: لا شاهد لهذا الحمل كي يكون ردّاً على الحلّي، فالعمدة في رده ما

ذكرناه.

[• حكم النجش]

حكم النجش
تكليفاً ٤: ٣٥٥

١٣/٢١١ قوله: يحرم النجش.

أقول: هذا تكرار لما مرّ في المكاسب المحرّمة.

كلام الصدوق
في معنى
النجش ٤: ٣٥٥

١٥/٢١١ قوله: والتدابير الهجران.

أقول: يعني الإعراض عن متاع البائع بقصد اسقاطه عن أعين المشتريين

مقدمة للشراء بالقيمة النازلة.

[• المال المدفوع ليصرف في قبيل]

إذا دفع إنسان
إلى غيره مالا
ليصرفه في
قبيل ٤: ٣٥٧

١٧/٢١١ قوله بَيِّنَات: كمال الامام عليه السلام.

أقول: مثال للمنفّي وهو حصول الولاية للمدفع إليه على المال

المدفوع بدون إذن الدافع على المعروف من ولاية الحاكم على ماله عليه السلام وكذا

المظالم لو دفعهما إليه دافع، فله التصرف فيه ولو بصرفه على نفسه وفي معيشته

وإن لم يرض به الدافع، وفيه كلام ليس هنا محلّ ذكره.

٢- أن تظهر
قريفة على
جواز الأخذ
٣٥٧-٣٥٨ : ٤

قوله: والتحقيق هنا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان.
أقول: لأن إحراز الموضوع على عهدة المخاطب المدفوع إليه، وعمدة
طرقه اعتقاده.

الجمع بين
الأخبار المانعة
والمجوزة
٣٦٢ : ٤

قوله: ثم إنَّ التعبد في حكم المسألة لا يخلو من بعد.
أقول: يعني القول بأنَّ حرمة الأخذ لنفسه ليست من جهة كونه تصرفاً في
مال الغير بدون اذنه، وكذا جوازه، ليس لأجل أنَّه مأذون فيه، بل كلُّ منهما على
تقدير القول به تعبد محض ثبت بدليل خاص على خلاف القاعدة في موضوع
المسألة، لا يخلو من وجه.

قوله: فالأولى حمل الأخبار المجوزة.

أقول: هذا الجمع عارٍ عن الشاهد، فالأولى تقييد إطلاق دليل المنع
بحمله على صورة تعيين المصارف وتسميتها، وتقييد إطلاق دليل الجواز
بحمله على صورة عدم التعيين بشهادة صحيحة ابن الحجّاج المفصلة بين
صورة الإطلاق والتسمية بالجواز في الأولى وعدمه في الثانية.

قوله: ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع.
أقول: يعني على تقدير المعارضة وعدم قبول الجمع بالنحو المذكور
فالواجب بعد التكافؤ من حيث السند أيضاً رفع اليد عن طرفي المعارضة
والرجوع إلى ظاهر اللفظ الصادر عن الدافع؛ لأنَّ الشك بعد تكافؤ الأخبار إنّما
هو في وجود الصارف الشرعي عن الظهور العرفي، فيكون من قبيل مصاديق
الشك في إرادة الظاهر مع الشك في وجود القرينة الصارفة عنه، والمرجع في
ذلك أصالة الظهور.

هذا بناءً على التساقط في المتعارضين، وأما بناءً على التخيير بينهما
الثابت بالأخبار، فالمرجع هو التخيير في الأخذ بأحدهما في مقام الإفتاء،
فالحكم جوازاً ومنعاً يدور مدار اختيار خبر الجواز وعدمه اجتهداً أو تقليداً.

[• احتكار الطعام]

٢٠-١٩/٢١٢ قوله ﷺ: **إِلَّا أَنْ تَقْيِيدَهَا بِصُورَةٍ عَدَمَ بَازِلٍ غَيْرِهِ مَعَ مَا دَلَّ عَلَى كِرَاهَةِ** **الاحتكار مطلقاً قرينة على إرادة التحريم.**

الأقوى التحريم
مع عدم
بازل الكفاية
والاستبدال
عليه بالأخبار
٤: ٣٦٤-٣٦٦

أقول: يعني أنَّ التقييد المذكور -بضميمة حفظ إطلاق ما دَلَّ على كراهته،
الشامل لصورة السعة وعدم احتياج الناس إليه ولو بوجود البازل، مثل قوله في
رواية السكوني فيما زاد على أربعين يوماً في الخصب: «فصاحبه ملعون»
حيث إنَّ الناس في الخصب يكون في سعة لا يكون لهم حاجة إلى ما عند
المحتكر -يكون قرينة على إرادة التحريم.

وفيه: أنَّ إطلاق الدليل المذكور لابدَّ أن يرفع اليد عنه على كلِّ من
تقديري إرادة الكراهة المصطلحة من قوله: «يكره» في هذه الصحيحة وإرادة
التحريم، أمَّا على الأوَّل فبتقييده بصورة عدم السعة بدونه، وأمَّا على الثاني
فبتقييده بصورة وجود السعة؛ إذ بناء على الإطلاق يكون الاحتكار مع عدم
السعة حراماً لا مكروهاً، وبعد هذا لا يبقى في البين إلاَّ التقييد بصورة عدم
وجود باذل غيره، وهو بمجرده لا يصلح أن يكون قرينة على التحريم، ولو
سلمنا بقاء الإطلاق المذكور على حاله على تقدير إرادة التحريم، نمنع
صلاحية ما ذكره للقرينية على إرادة التحريم؛ لإمكان حفظ الإطلاق مع إرادة
شدة الكراهة المصطلحة، فيدور الأمر بين أن يراد من البأس والكراهة الحرمة،
وبين أن يراد منهما شدة الكراهة، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر، بل الثاني
راجح لحفظ إطلاق ما دَلَّ على الكراهة مطلقاً معه، بخلافه مع الأوَّل كما
عرفت.

٢٠/٢١٢ قوله: وحمله على تأكُّد الكراهة أيضاً.

أقول: يعني وحمل يكره على تأكُّد الكراهة وإن كان يوجِّه به التقييد
بالصورة المذكورة، مثل الحمل على الحرمة إلاَّ أنَّه أيضاً مثله مخالف لظاهر

يكره؛ لأنّه ظاهر في نفس الكراهة لا في تأكدها، وقد علم ما فيه ممّا مرّ من أنّه نعم لكنّه راجح بالقياس على الحمل على التحريم، ولا أقلّ من المساواة، وعلى التقديرين تسقط الصحيحة عن الدلالة على التحريم.

٢١/٢١٢

قوله: ويؤيد التحريم ما عن المجالس.

أقول: يمكن الخدشة فيه بأنّ مدلوله ليس إلّا أنّ الاحتكار يوجب بعداً محوياً إلى التدارك، وهذا لا يدلّ على حرمة إلّا بعد ضمّ الملازمة بين الكفارة والحرمة، ولا دليل عليها لا عقلاً ولا شرعاً ولا عرفاً، فتأمل.

وعلى تقدير تسليم دلالة على التحريم قد يورد على المصنّف رحمه الله بأنّ النسبة بينه وبين مدّعه عموم من وجه؛ لعمومه من حيث وجود الباذل وعدمه أي الحاجة وعدمها، وخصوصه من حيث مدّة الحبس، والمدّعى بالعكس، ولا يصحّ الاستناد إلى أحد العامين للآخر.

وفيه: أنّه يرد عليه لو كان التحديد بالمدّة تعبّداً صرفاً، وسيأتي في الأمر الثاني منع ذلك وأنّه تحديد بوقت الحاجة في الخصب لأجل تقييده برواية السكوني الآتية، وعليه يرتفع الإيراد، ولكن يأتي أنّه خلاف الظاهر بلا دليل عليه، فالإيراد في محله، فبناء على دلالة على الحرمة كان اللازم تقييد موضوعها بتلك المدّة في الخصب بالثلاثة في غيره كما هو قضية الجمع بينه وبين رواية السكوني الآتية، إلّا أنّ الشأن في دلالة وكذا في دلالة رواية السكوني، أمّا في الأوّل فلما مرّ، وأمّا في الثاني فلأنّ اللّعن هو البعد عن ساحة قرب المولى ولا ينحصر سببه في الحرام، بل يتحقّق بالمكروه أيضاً.

٢٧ - ٢٦/٢١١

قوله: إذ الإلزام على ترك المكروه خلاف الظاهر.

أقول: الظاهر «خلاف القاعدة» بدل «خلاف الظاهر» وذلك مضافاً إلى شهادة ما يأتي في ذيل الأمر الخامس عليه؛ لأنّه ليس هنا لفظ يكون ظاهراً في عدم الإلزام بترك المكروه، حتى يقال: إنّ الإلزام بتركه خلاف الظاهر، إلّا أنّ

ما يؤيد التحريم
أيضاً ٤: ٣٦٧

يقال: إنَّ مراده من الظاهر أدلّة النهي عن المنكر، حيث إنَّ دليل الإلزام على ترك الاحتكار هو هذه الأدلّة، والمنكر فيها ظاهر في الحرام ولا يعمّ المكروه. لكن فيه: أنَّ دليله الإجماع لا هذه الأدلّة.

٣/٢١٣ قوله: بقرينة تفريع قوله: «فإن كان في المصر طعام».

أقول: لم أفهم الوجه في كونه قرينة على التعميم.

٤/٢١٣ قوله: إلّا أن يراد جمعه في ملكه.

أقول: يعني إلّا أن يراد من جمع الطعام في كلام أهل اللغة جمعه في ملكه، أي جمعه عنده بإدخاله في ملكه وإحداث كونه ملكاً له، فيختصّ الجمع بالاشتراء نوعاً ولا يعمّ الجمع من مزارعه.

١٧/٢١٣ قوله: جمعاً بين النهي عن التسعير والجبر بنفي الإضرار.

أقول: يعني من الجبر جبر المحتكر على عدم الإضرار على المشتريين بزيادة الثمن، فتأمل.

عدم حصر
الاحتكار في
شراء الطعام
بل مطلق جمعه
وحبسه ٤: ٣٧١

هل يسع
عليه أم لا؟
٤: ٣٧٣ - ٣٧٤

الخاتمة

[الخاتمة]

هذا آخر الجزء الثاني^(١) من هداية الطالب في شرح المكاسب.
ويتلوه الجزء الثالث^(٢) في الخيارات.
والحمد لله تعالى تعالى أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً، وصلى الله على سيد
الأنبياء محمد وآله الطاهرين، ووفقنا لما يحب ويرضى، وعاملنا وعامل جميع
من مات على الإيمان سيّما والدينا بلطفه الخفيّ.
وقد فرغت منه ليلة الخامس من شهر جمادى الأولى من شهور سنة
ثلاثمئة وستة وخمسين بعد الألف من الهجرة النبوية على هاجرها آلاف
الصلاة والتحيّة.

(١) وهو الجزء الثالث من هذه الطبعة.

(٢) أي الرابع من الطبعة المذكورة.

فهرس الجزء الثالث

شروط المتعاقدين

- القول في الفضولي أو كون المالكين مالكين أو مأذونين ٩
 - اشتراط كون المتعاقدين مالكين أو مأذونين ٩
 - بيع الفضولي ٩
 - اتفاق الفقهاء على بطلان إيقاعات الفضولي ١١
 - المراد من «الفضولي» ١٣
 - هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولي؟ ١٤
 - صور بيع الفضولي ١٨
 - المسألة الأولى: بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع ١٨
 - مقتضى العمومات للصحة ١٩
 - الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقي ٢١
 - المناقشة في الاستدلال بقضية عروة البارقي ٢١
 - الاستدلال للصحة بصحيفة محمد بن قيس ٢٣
 - توجيه الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس ٢٨
 - المناقشة في الاستدلال المذكور ٢٨
 - الأدلة المؤيدة لصحة بيع الفضولي ٣٢
- ما يؤيد صحة بيع الفضولي:

- ١- ما ورد في المضاربة ٣٢
- ٢- ما ورد في اتجار غير الولي في مال اليتيم ٣٤
- ٣- رواية ابن أشيم ٣٦
- ٤- صحيحة الحلبي ٣٩
- ٥- موثقة عبدالله ٤٠
- ٦- أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه ٤١
- مختار المؤلف الصحة ٤١
- الاستدلال بآية التجارة عن تراخ ٤٢
- المناقشة في الاستدلال بآية التجارة عن تراخ ٤٢
- الاستدلال بالروايات على البطلان ٤٨
- المناقشة في الاستدلال بالروايات ٤٩
- الاستدلال بالإجماع على البطلان ٥٢
- المناقشة في دليل العقل ٥٣
- المسألة الثانية: بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع ٥٤
- المشهور الصحة ٥٤
- مختار المؤلف ودليله ٥٥
- المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه ٥٥
- الوجه الأول وجوابه ٥٥
- الوجه الثاني وجوابه ٥٦
- الوجه الثالث وجوابه ٥٦
- جواب المحقق القمي عن الوجه الرابع ٦١
- المناقشة في جواب المحقق القمي ٦٥
- جواب المؤلف عن الوجه الرابع ٦٥

الإشكال على هذا الجواب	٦٥
جواب صاحب المقابس عن الإشكال	٦٨
المناقشة في جواب صاحب المقابس	٦٨
جواب المؤلف عن الإشكال	٦٨
جواب كاشف الغطاء عن الوجه الرابع	٧٠
توجيه الجواب بوجهين	٧٠
المناقشة في الوجه الأول من الجواب	٧١
المناقشة في الوجه الثاني من الجواب	٧٢
الوجه الخامس وجوابه	٧٣
هذا الإشكال إنما يتوجه على القول بالنقل	٧٧
جعل العوض في ذمة الغير في بيع الفضولي	٧٧
ما به يتشخص ما في الذمة	٧٨
لو لم يصدق الطرف الآخر الفضولي في قصده	٧٩
لو جمع بين نفسه وذمة الغير	٨٠
ما أفاده العلامة فيما لو اشترى فضولياً في الذمة لغيره، ورد ذلك الغير	٨١
مقتضى القواعد في هذه الصورة	٨٤
جريان الفضولي في المعاطاة بناء على الملك	٨٤
دفع الإشكال عن جريان الفضولي في المعاطاة بناء على الملك	٨٤
الاستدلال على عدم الجريان	٨٥
الإشكال على جريان الفضولي في المعاطاة بناءً على الإباحة	٨٦
● القول في الإجازة والرد	٨٧
هل الإجازة كاشفة أم ناقلة؟	٨٧
الأكثر على الكشف	٩٢

- الوجه الثاني ٩٣
- ما استدلّ به فخر المحقّقين للأكثر ٩٣
- المناقشة في الوجه الأوّل ٩٤
- تقرير آخر للوجه الأوّل والمناقشة فيه ٩٤
- دعوى إمكان تقديم المسبب على السبب الشرعي ودفعها ٩٥
- دعوى أن الشرط هو وصف تعقب الإجازة ودفعها ٩٧
- المناقشة الأولى ٩٩
- تقرير آخر للمناقشة الأولى ١٠١
- المناقشة الثانية ١٠٣
- المناقشة الثالثة ١٠٤
- معاني الكشف ١٠٦
- ٢- الكشف الحقيقي والتزام كون الشرط التعقب بالإجازة ١٠٦
- مقتضى القواعد والعمومات هو النقل ثم الكشف الحكمي ١٠٦
- ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم ١٠٧
- ظاهر صحيحة أبي عبيدة هو الكشف الحقيقي ١٠٧
- الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل ١٠٧
- الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي ١٠٧
- الثمرة الثانية من حيث فسخ الأصل ١٠٨
- الإشكال على تصرّف الأصل بناء على النقل وعدمه ١١٠
- حكم تصرّف الأصل بناء على الكشف ١١٠
- عدم جواز تصرّف الأصل بناء على الكشف وكون الشرط نفس الإجازة ١١٠
- حكم التصرفات غير المنافية لما التزمه الأصل ١١٣

- ١١٣ ثمرات ذكرها كاشف الغطاء وما يرد عليها
- ١٢٠ ● تنبيهات على أمور
- ١٢٠ الأول: الخلاف ومفهوم الإجازة
- ١٢٠ عدم كون الخلاف في مفهوم الإجازة بل في حكمها الشرعي
- ١٢٢ الثاني: الإجازة وشرط التلقظ بها
- ١٢٢ هل يشترط التلقظ في الإجازة؟
- ١٢٣ كفاية الفعل الكاشف عن الرضا في الإجازة
- ١٢٥ كفاية الرضا الباطني والاستدلال عليه
- ١٢٦ هل يكفي الرضا مقارناً للعقد أو سابقاً عليه
- ١٢٨ الثالث: عدم سبق الردّ للإجازة
- ١٢٨ اعتبار عدم سبق الردّ في الإجازة
- ١٢٨ الرابع: هل تورّث الإجازة؟
- ١٢٩ الإجازة لا تورّث
- ١٢٩ الخامس: إجازة البيع وقبض الثمن
- ١٢٩ إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن أو المثلث
- ١٣٠ السادس: في فورية الإجازة
- ١٣٠ الإجازة ليست فورية
- ١٣٠ السابع: في مطابقة الإجازة للعقد
- ١٣٠ الأقوى التفصيل
- ١٣١ ● القول في المجيز وشروطه
- ١٣١ ١- البلوغ
- ١٣١ اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة
- ١٣١ ٢- في اشتراط وجود المجيز لصحة عقد الفضولي

- ١٣١ هل يشترط وجود مجيز حين العقد؟
- ١٣٢ مختار المؤلف
- ١٣٢ مثال العلامة لعدم وجود المجيز حين العقد
- ١٣٤ ٣ - عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد
- ١٣٤ هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حين العقد
- ١٣٤ المسألة الثانية: لو لم يكن جائز التصرف بسبب عدم الملك
- ١٣٤ من باع شيئاً ثم ملكه
- ١٣٤ لو باع لنفسه ثم اشتراه وأجاز
- ١٣٥ من باع شيئاً ثم ملكه
- ١٣٥ لو باع لنفسه ثم اشتراه وأجاز
- ١٣٥ الأقوى الصحة
- ١٣٥ ما أورده المحقق التستري على الصحة
- ١٣٦ الإيراد الثالث و جوابه
- ١٣٩ الإيراد الرابع
- ١٤٠ الجواب عن الإيراد الرابع
- ١٤١ الإيراد الخامس وجوابه
- ١٤٢ الإيراد السادس وجوابه
- ١٤٢ الجواب عن الإيراد السابع
- ١٤٧ مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة
- ١٤٨ لو باع لنفسه ثم تملكه ولم يجز
- ١٥١ المسألة الثالثة: لو باع وهو غير جائز التصرف فبان خلافه
- ١٥١ الصورة الأولى من المسألة
- ١٥١ ١ - لو باع عن المالك فانكشف كونه ولياً

- ١٥٢ الصورة الثانية من المسألة
- ١٥٢ ٢- لو باع لنفسه فأنكشف كونه ولياً
- ١٥٢ الصورة الثالثة من المسألة
- ١٥٢ ٣- لو باع عن المالك فأنكشف كونه مالكا
- ١٥٣ هل تحتاج إلى إجازة مستأنفة؟
- ١٥٤ الأقوى وقوفه على الإجازة
- ١٥٨ ● القول في المجاز وشروطه
- ١٥٨ الأول: كونه جامعاً للشرائط المعتمدة
- ١٥٨ اعتبار كون العقد المجاز جامعاً لجميع الشروط
- ١٦٠ هل يشترط بقاء الشرائط إلى زمان الإجازة؟
- ١٦١ الثاني: في اشتراط معلومية المجاز للمجيز
- ١٦١ هل يعتبر كون المجاز معلوماً للمجيز بالتفصيل؟
- ١٦١ الثالث: المجاز والعقود المترتبة عليه
- ١٦١ حكم العقود المترتبة
- الإشكال في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصور علم المشتري
- ١٦٣ بالغصب
- ١٦٨ عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف
- ١٦٨ مسألة في أحكام الردّ
- ١٦٨ ما يتحقّق به الردّ
- ١٦٩ هل يتحقّق الردّ بالتصرّف غير المخرج عن الملك؟
- ١٧٢ ● قسما التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ١٧٢ ١- ما يقع في حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي
- ١٧٣ ٢- ما يقع في حال عدم التفات المالك

- ١٧٤ حاصل الكلام فيما يتحقق به الردّ
- ١٧٥ ● حكم المشتري مع الفضولي
- ١٧٥ المسألة الأولى: في الثمن
- ١٧٥ رجوع المشتري إلى الفضولي بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً ..
- ١٧٦ لو كان عالماً بكونه فضولياً وكان الثمن باقياً
- ١٧٧ توضيح ما استدلل به المشهور
- ١٧٩ مختار المؤلف والدليل عليه
- ١٧٩ المسألة الثانية: فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن
- ١٧٩ توجيه بعض الروايات الساكتة عن رجوع المشتري إلى البائع
- ١٨١ ما يغترمه في مقابل المنافع غير المستوفاة
- ١٨٤ ما يغترمه في مقابل العين
- حكم ما يغترمه المشتري فيما إذا كان البيع فاسداً من غير جهة
- ١٨٥ الفضولية
- ١٨٦ كيفية اشتغال ذمم متعددة بمال واحد
- ١٨٦ حكم المالك بالنسبة إلى الأيادي المتعاقبة
- ١٨٧ حكم الأيادي المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض
- ١٨٨ وجه رجوع الضامن السابق إلى اللاحق
- ١٨٨ ما أفاده صاحب الجواهر في وجه الرجوع
- ١٨٩ المناقشة فيما أفاده صاحب الجواهر
- ١٩٠ لو كانت العين باقية في الأيادي المتعاقبة
- ١٩٠ ● بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه
- ١٩٠ الأقوى الصحة والدليل عليه
- ١٩٣ طريق معرفة حصّة كلّ منهما من الثمن

- ١٩٤ كيفية تقسيط الثمن عند جماعة من الأعلام
- ١٩٥ توجيه كلام الجماعة
- ١٩٦ الإشكال على الطريق المذكور ودفعه
- ١٩٧ بيع نصف الدار
- ١٩٧ لو باع من له النصف النصف مشاعاً
- ٢٠٦ لو كان البائع وكيلاً في بيع النصف أو ولياً
- ٢١١ هبة المرأة نصف صداقها مشاعاً قبل الطلاق
- ٢١٤ الإقرار بالنصف في الشركة
- ٢٢١ إقرار أحد الشريكين في الإرث بالنسب لشخص
- ٢٢٢ بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
- ٢٢٢ صحة البيع فيما يقبل التملك خاصة
- ٢٢٣ دعوى تقييد الحكم بصورة جهل المشتري ودفعها
- ٢٢٣ طريق معرفة قيمة غير المملوك
- ٢٢٤ القول في أولياء التصرف
- ٢٢٤ في ولاية الأب والجد
- ٢٣١ عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب والجد
- ٢٣٨ هل تشترط المصلحة أو عدم المفسدة؟
- ٢٣٩ ما يشهد لعدم الاشتراط والمناقشة فيه
- ٢٤١ ظهور الاجماع على اشتراط عدم المفسدة بل وجود المصلحة
- ٢٤١ الأقوى كفاية عدم المفسدة
- ٢٤٢ مشاركة الجد وإن علا للأب
- ٢٤٤ ولاية الفقيه
- ٢٤٤ مناصب الفقيه: الإفتاء والحكومة والولاية

- ١ - استقلال الولي بالتصرّف ٢٤٤
- ٢ - توقّف تصرّف الغير على إذنه ٢٤٤
- ثبوت الولاية بالمعنى الأول للنبي والأئمة عليهم السلام ٢٤٥
- ٢ - توقّف تصرّف الغير على إذنه ٢٤٥
- الاستدلال بالكتاب ٢٤٦
- ثبوت الولاية بالمعنى الثاني والاستدلال عليه ٢٤٧
- الاستدلال عليها بالروايات ٢٤٨
- الكلام في ولاية الفقيه بالمعنى الثاني ٢٥٨
- الضابطة لما يجب استئذان الفقيه فيه ٢٥٨
- ما يدلّ على وجوب استئذان الفقيه في الأمور المذكورة ٢٦٠
- الكلام في التوقيع إلى إسحاق بن يعقوب ٢٦١
- النسبة بين التوقيع وعمومات الإذن في المعروف لكلّ أحد ٢٦٢
- محدودية مدلول الأدلّة ٢٦٤
- التمسك برواية «السلطان ولي من لا ولي له» ومناقشتها ٢٦٥
- المقصود من «من لا ولي له» ٢٦٥
- في ولاية عدول المؤمنين ٢٦٦
- ما أفاده الشهيد في المقام ٢٦٦
- تأييد كلام الشهيد وتوجيهه ٢٦٧
- اشتراط العدالة والدليل عليه ٢٦٧
- ظاهر بعض الروايات كفاية الأمانة ٢٦٩
- غير عدم اعتبار العدالة في المباشرة ٢٦٩
- اشتراط العدالة فيما يتعلّق بفعل الغير ٢٧١
- المؤلف في المسألة ٢٧٣

- ٢٧٦ محتملات معنى «الأحسن»
- ٢٧٧ الظاهر من احتمالات «القرب» و «الأحسن»
- ٢٧٨ ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة
- ٢٧٩ هل يجب مراعاة الأصلح؟
- ٢٨٢ في بيع العبد المسلم من الكافر
- ٢٨٢ المشهور عدم صحّة نقل العبد المسلم إلى الكافر
- ٢٨٣ المناقشة فيما استدلّ به على عدم الصحّة
- ٢٨٤ المناقشة في الاستدلال بآية «نفي السبيل»
- ٢٨٩ تملك منافع المسلم من الكافر
- ٢٨٩ عدم الفرق بين الحرّ والعبد
- ٢٨٩ المقصود من الكافر
- ٢٩١ ١ - إذا كان الشراء مستعقباً للانعتاق
- ٢٩٢ حكم تملك الكافر للمسلم قهراً
- ٢٩٣ عدم استقرار المسلم على ملك الكافر ووجوب بيعه عليه
- ٢٩٤ عدم ثبوت الخيار في البيع المذكور
- ٢٩٤ مخالفة المحقّق الثاني
- ٢٩٤ المناقشة فيما أفاده المحقّق الثاني
- ٢٩٦ في نقل المصحف إلى الكافر
- ٢٩٦ المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

شروط العوضين القول في شروط العوضين

- المالية ٢٩٩

- الاحتراز بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة محللة ٢٩٩
- الاحتراز بقيد الملكية عن بيع ما يشترك فيه الناس ٢٩٩
- الاحتراز عن الأراضي المفتوحة عنوة أيضاً ٢٩٩
- أقسام الأرضين وأحكامها ٣٠٠
- أولاً: ما يكون مواتاً بالأصالة ٣٠٠
- إباحة التصرف فيها بالإحياء بلا عوض ٣٠٠
- دلالة بعض الأخبار على وجوب أداء خراجها إلى الإمام ٣٠١
- توجيه هذه الأخبار ٣٠٢
- ثانياً: ما يكون عامراً بالأصالة ٣٠٥
- هل تملك بالحيازة أم لا؟ ٣٠٥
- ثالثاً: ما عرض له الحياة بعد الموت ٣٠٥
- ٢- ما عرضت له الحياة بعد الموت ٣٠٥
- هذا القسم ملك للمحيي ٣٠٦
- رابعاً: ما عرض له الموت بعد العمارة ٣٠٧
- ٤- ما عرض له الموت بعد العمارة ٣٠٧
- لو كانت العمارة فيها من المسلمين ٣٠٩
- لو كانت العمارة فيها من الكفار ٣٠٩
- حكم ما ملكه الكافر من الأرض ٣٠٩
- ١- رواية أبي بردة ٣٠٩
- ٢- مرسله حماد ٣١٠
- ٣- صحيحة الحلبي ٣١٠
- ٤- رواية ابن شريح ٣١١
- ٥- رواية إسماعيل بن الفضل ٣١٢

٣١٢	٦ - خبر أبي الربيع
٣١٣	ظاهر الأخبار عدم جواز البيع
٣١٤	ثبوت حق الأولوية فيها للمشتري
٣١٥	ظاهر عبارة المبسوط عدم جواز التصرف فيها مطلقاً
٣١٥	كلام الشهيد في الدروس
٣١٦	نسبة التفصيل إلى الدروس والمناقشة في النسبة
٣١٦	ظهور كلام الشهيد الثاني في جواز البيع تبعاً للآثار
٣١٦	المتيقن ثبوت حق الاختصاص للمتصرف لا الملك
٣١٧	ظهور كلام الشيخ الطوسي في جواز بيع نفس الرقبة
٣١٧	المتيقن ثبوت حق الاختصاص للمتصرف لا الملك
٣١٨	توقف التصرف على إذن الإمام <small>عليه السلام</small> في زمان الحضور
٣١٨	حكم التصرف في زمان الغيبة
٣١٩	الأوفق بالقواعد عدم جواز التصرف إلا بإذن الحاكم
٣١٩	حكم ما ينفصل من المفتوح عنوة
٣٢٠	● الثاني: كونه طلقاً
٣٢٠	المراد من «الطلق»
٣٢٠	الحقوق المانعة عن تصرف المالك في ملكه
٣٢٢	عدم جواز بيع الوقف
٣٢٢	عدم جواز بيع الوقف والاستدلال عليه
٣٢٤	صورة وقف أمير المؤمنين <small>عليه السلام</small>
٣٢٥	هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه؟
٣٢٦	كلام صاحب الجواهر في أن الوقف يبطل بمجرد جواز البيع
٣٢٦	المناقشة فيما أفاده صاحب الجواهر وكاشف الغطاء

- ٣٢٨ كلام ابن إدريس
- ٣٢٨ كلام ابن الجنيد
- ٣٢٨ كلام فخر الدين
- ٣٢٨ نسبة التفصيل المتقدم إلى الحلبي والصدوق
- ٣٢٩ كلام الصدوق في الفقيه
- ٣٢٩ القول الثالث: الجواز في المؤبد في الجملة
- ٣٣٠ كلام الشيخ المفيد رحمته
- ٣٣١ كلام السيد المرتضى رحمته
- ٣٣١ المراد من «تأدية الوقف إلى الخراب» في كلمات الفقهاء
- ٣٣١ الوقف المؤبد
- ٣٣١ الوقف على قسمين: تمليكي وفكي
- ٣٣٢ محل الكلام القسم الأول
- كلام كاشف الغطاء في الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها في
- ٣٣٢ الجهة المقصودة
- ٣٣٣ ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته
- ٣٣٣ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد وبين نفس المسجد
- ٣٣٤ حكم أجزاء المسجد كذلك
- ٣٣٤ اتلاف الموقوفات العامة
- ٣٣٤ صور جواز بيع الوقف
- ٣٣٤ الصورة الأولى
- ٣٣٤ ١- إذا خرب الوقف بحيث لا ينتفع به
- ٣٣٥ حاصل الاستدلال على جواز البيع
- ٣٣٧ ظاهر بعض العبارات المتقدمة الاختصاص

الثلثن حكمه حكم الوقف	٣٣٧
دليل القول بوجوب شراء المماثل والمناقشة فيه	٣٣٧
كلام العلامة في المسألة	٣٣٨
لو لم يمكن شراء بدل الوقف	٣٣٨
لو رضي البطن الموجود بالاتجار بالثلثن	٣٣٨
لو خرب بعض الوقف وبقي بعضه محتاجاً إلى العمارة	٣٣٩
الصورة الثانية	٣٣٩
وجه جواز البيع	٣٣٩
جواز البيع لو كان النفع قليلاً بحيث يلحق بالمعدوم	٣٣٩
إذا صارت منفعة الوقف قليلة لعارض آخر غير الخراب	٣٤٠
رجوع إلى كلام صاحب الجواهر	٣٤٠
المناقشة في كلام صاحب الجواهر	٣٤٠
كلام صاحب الجواهر فيما لو انعدم عنوان الوقف	٣٤٠
المناقشة فيما أفاده صاحب الجواهر	٣٤٠
الصورة الثالثة	٣٤٢
الأقوى المنع	٣٤٢
الصورة الرابعة	٣٤٣
الأقوى المنع والاستدلال عليه	٣٤٣
رواية جعفر بن حنان على جواز البيع في هذه الصورة	٣٤٣
رواية الحميري في الجواز أيضاً	٣٤٥
دلالة هذه الرواية على الجواز	٣٤٥
الجواب عن رواية جعفر بن حنان	٣٤٦
جواب العلامة عن الرواية	٣٤٦

- ٣٤٧ المناقشة في الجواب المذكور
- ٣٤٨ الجواب عن رواية الحميري
- ٣٤٨ مخالفة الروايتين للقواعد
- ٣٤٨ الصورة الخامسة
- ٣٤٨ الاستدلال برواية جعفر بن حنان على جواز البيع والمناقشة فيه
- ٣٤٩ الصورة السادسة
- ٣٤٩ كلمات العلامة في الإرشاد والقواعد
- ٣٤٩ كلام فخر الدين
- ٣٥٠ كلام الشهيد
- ٣٥٠ كلام المحقق الثاني
- ٣٥١ رأي المصنف في المسألة
- ٣٥١ صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام ماله بينبع
- ٣٥٣ دلالة هذه الصحيحة على جواز اشتراط البيع في الوقف
- ٣٥٣ الصورة العاشرة
- ٣٥٣ الدليل على الجواز فيما ذكرنا
- ٣٥٣ لو دار الأمر بين بيعه وبين صرف منفعته مدة من الزمان لتعميره ..
- ٣٥٤ استدلال الفاضل المقداد على جواز البيع فيما ذكرنا
- ٣٥٤ المناقشة في الاستدلال المذكور
- ٣٥٥ الاستدلال بمكاتبة ابن مهزيار على الجواز في غير ما ذكرنا
- ٣٥٩ المناقشة في الاستدلال المذكور
- ٣٥٩ الأظهر في مدلول المكاتبة
- الاستدلال بالمكاتبة على الجواز فيما لو كان الخراب على وجه نقص
- ٣٥٩ المنفعة

- ٣٦٠ المناقشة في هذا الاستدلال
- ٣٦١ الاستدلال بالمكاتبة على الجواز في الصورة الثامنة
- ٣٦١ المناقشة في الاستدلال المذكور
- ٣٦٢ الاستدلال بالمكاتبة على الصورة التاسعة وردّه
- ٣٦٢ الاستدلال على الصورة العاشرة
- ٣٦٢ ردّ الاستدلال المذكور أيضاً
- ٣٦٣ استناد الفتاوى بجواز بيع الوقف إلى ما فهم من المكاتبة المذكورة ..
- ٣٦٣ الأظهر في مدلول المكاتبة
- ٣٦٣ الإيراد على المكاتبة بإعراض المشهور عنها
- ٣٦٤ الجواب عن الإيراد المذكور
- الإيراد على المكاتبة بعدم ظهورها في الوقف المؤبد أو ظهورها في
- ٣٦٤ عدم إقباض الموقوف عليهم
- ٣٦٤ الجواب عن هذين الإيرادين
- ٣٦٥ الإيراد على المكاتبة من جهة أخرى
- ٣٦٦ الجواب عن هذا الإيراد وأمثاله
- ٣٦٦ القدر المتيقّن من المكاتبة
- ٣٦٦ هل الثمن للبطن الموجود أو يشترى به ما يكون وقفاً؟
- ٣٦٧ الوقف المنقطع
- ٣٦٧ هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا؟
- ٣٦٨ المحكي عن جماعة صحة البيع في السكنى المؤقتة بعمر أحدهما ...
- ٣٦٨ لو اتّفق الواقف والموقوف عليه على البيع
- ٣٦٨ لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع دون تملك المنفعة
- ٣٦٨ حكم البيع بناء على عودة إلى ملك الواقف

- ٣٦٨ إيراد التنافي على القاضي ودفعه
- ٣٦٨ عدم جواز بيع أم الولد
- ٣٦٩ كلمات الفقهاء في ذلك
- ٣٦٩ قول السيّد المجاهد بجواز غير البيع من النواقل والردّ عليه
- ٣٦٩ معنى أم الولد
- ٣٧٠ تحقّق الموضوع بمجرد الحمل والدليل عليه
- ٣٧٠ لا عبرة بمجرد النطفة ما لم تستقرّ في الرحم
- ٣٧١ ثمرة تحقّق الموضوع فيما إذا ألقت ما في بطنها
- ٣٧١ تحقّق العلوق بالمساحقة أيضاً
- ٣٧١ اشتراط أن يكون الوطاء على وجه يلحق الولد بالواطئ
- ٣٧١ المشهور اعتبار الحمل في زمان الملك
- ٣٧١ المنع عن بيع أم الولد قاعدة كلّية مستفادة من الأخبار والإجماع
- ٣٧٢ لابدّ من التمسك بهذه القاعدة ما لم يقدّم دليل خاصّ على خلافها
- ٣٧٣ ما يستثنى من بيع أم الولد
- ٣٧٣ القسم الأوّل
- ٣٧٣ لا إشكال في جواز البيع في هذه الصورة والدليل عليه
- ٣٧٤ وجه عدم الجواز
- ٣٧٥ الأولى في الانتصار لمذهب المشهور
- ٣٧٦ هل يعتبر عدم ما يفي بالدين ولو من المستثنيات أو ممّا عداها؟
- ٣٧٦ عدم الفرق بين كون ثمنها ديناً أو استدان لشرائها
- ٣٧٦ هل تشترط مطالبة البائع أو يكفي استحقاقه؟
- ٣٧٧ لو تبرّع متبرّع بالأداء
- ٣٧٧ لو امتنع الولي من أداء الثمن من غير عذر

هل الشرط المذكور في متن العقد يلحق بالثمن؟	٣٧٨
بيعها بعد موت المولى	٣٧٨
تفصيل الشيخ الطوسي بين استغراق الدين وغيره	٣٧٩
الانتصار للشيخ الطوسي بوجه	٣٨٠
الوجه الثالث	٣٨٣
الوجه الرابع	٣٨٣
الجواب عن الوجه الأول	٣٨٣
الجواب عن الوجه الثاني	٣٨٥
الجواب عن الوجه الثالث	٣٨٥
الجواب عن الوجه الرابع	٣٨٦
٢- تعلّق كفن مولاها بها	٣٨٦
إذا كان للميت المديون أمّ ولد ومقدار ما يجهز به	٣٨٧
٣- إذا جنت على غير مولاها في حياته	٣٨٨
لو كانت جنايتها عمداً	٣٨٨
لو كانت الجناية خطأ	٣٨٩
معنى كون جنايتها على سيدها	٣٩٠
التحقيق في المسألة	٣٩٠
عدم معارضة إطلاقات حكم جنابة المملوك بإطلاق المنع عن بيع أم	
الولد	٣٩٠
إذا جنت على مولاها عمداً	٣٩١
إذا كانت الجناية خطأ	٣٩١
٥- إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت	٣٩٢
٦- إذا خرج مولاها عن الذمة	٣٩٢

القسم الثاني ٣٩٢

١ - إذا اسلمت وهي أمة ذمّي ٣٩٢

٢ - إذا عجز مولاهما عن نفقتها ٣٩٥

بيعها على من تنعتق عليه ٣٩٦

القسم الثالث ٣٩٦

١ - إذا كان علوقها بعد الرهن ٣٩٦

٢ - إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى والحجر عليه ٣٩٧

٣ - إذا كان علوقها بعد جنائيتها ٣٩٨

٤ - إذا كان علوقها في زمان خيار بائعها ٣٩٨

٦ - إذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة ٣٩٨

٧ - إذا كان علوقها من مكاتب مشروط ثم فسخت كتابته ٤٠٢

القسم الرابع ٤٠٣

مورد القسم الرابع ٤٠٣

عدم جواز بيع المرهون ٤٠٣

المناقشة فيما أفاده المحقق التستري ٤٠٣

تخيّل وجه آخر للبطلان ٤٠٤

هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة؟ ٤٠٦

هل تنفع الإجازة بعد الردّ أم لا؟ ٤٠٦

بيع العبد الجاني عمداً ٤٠٦

وقوع البيع مراعى لا باطلاً ٤٠٦

الاستناد في عدم الصحة إلى عدم الملك والمناقشة فيه ٤٠٧

بيع العبد الجاني خطأ ٤٠٧

هل يصحّ بيع العبد الجاني خطأ أم لا؟ ٤٠٧

هل البيع التزام بالفداء أم لا؟	٤٠٧
المناقشة فيما أفاده العلامة <small>رحمته</small>	٤٠٧
● الثالث: القدرة على التسليم	٤٠٨
شرطية القدرة على التسليم	٤٠٨
الاستدلال عليه ب: «نهى النبي <small>ﷺ</small> عن بيع الغرر»	٤٠٩
كون ما نحن فيه غرراً	٤١٠
معنى الغرر لغة	٤١١
تعريف النهاية	٤١١
سائر كتب اللغة	٤١٢
أخذ الجهالة في معنى الغرر	٤١٢
توهم أنّ المنساق من «الغرر» الجهل بصفات المبيع ومقداره	٤١٢
رفع التوهم المذكور	٤١٢
كلام الشهيد في القواعد في تفسير «الغرر»	٤١٢
كلام الشهيد في شرح الإرشاد في ذلك أيضاً	٤١٤
المناقشة فيما أفاده الشهيد في شرح الإرشاد	٤١٥
التمسك بالنبوي المذكور أخفى عن المدعى	٤١٦
وجوه أخرى للاستدلال على شرطية القدرة	٤١٧
١- النبوي المشهور «لا تبع ما ليس عندك»	٤١٧
معنى «كونه عنده»	٤١٨
المناقشة في الاستدلال بالخبر المذكور	٤١٩
٢- استحالة التكليف بالمتنع والمناقشة فيه	٤١٩
هل القدرة شرط أو العجز مانع؟	٤٢١
استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع	٤٢١

- ٤٢٣ المناقشة فيما استظهره صاحب الجواهر
- ٤٢٣ عدم معقولية كون العجز مانعاً وعدم الثمرة فيه
- ٤٢٥ ما يتفرّع عليه
- ٤٢٧ الخلاف في المسألة من الفاضل القطيفي
- ٤٢٧ المناقشة فيما أفاده الفاضل القطيفي
- ٤٢٧ لو لم يقدر على التحصيل إلا بعد مدة مقدّرة عادة
- ٤٢٧ لو كانت مدّة التعذّر غير مضبوطة عادة
- ٤٢٧ الشرط هي القدرة المعلومة للمتبايعين
- ٤٢٨ المعتبر هو الوثوق
- ٤٢٨ هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل؟
- ٤٢٩ كلام صاحب الجواهر في المسألة وما فرعه على ذلك
- ٤٣٠ النظر فيما أفاده صاحب الجواهر
- ٤٣١ عدم جواز بيع الآبق منفرداً
- ٤٣١ المشهور عدم جواز بيع الآبق منفرداً
- ٤٣٢ إمكان القول بالصحة لولا النص والإجماع
- ٤٣٢ تردّد الشهيد في جعله ثمناً مع جزمه بمنع جعله ثمناً
- ٤٣٤ هل يلحق بالبيع الصلح عمّا يتعذر تسليمه؟
- ٤٣٥ عدم ارتفاع الغرر بالحكم بكون الصحة مراعى بالتسليم
- ٤٣٥ إمكان جواز البيع مع شرط الخيار في متن العقد
- ٤٣٥ جواز بيع الآبق مع الضميمة
- ٤٣٥ جواز بيع الآبق مع الضميمة
- ٤٣٥ اختصاص الجواز بصورة رجاء الوجدان
- ٤٣٦ اعتبار كون الضميمة ممّا يصحّ بيعها

- ٤٣٧ لو بقي الآبق على إباقه وصار في حكم التالف
- ٤٣٧ لو تلف الآبق قبل اليأس
- ٤٣٨ لو تلفت الضميمة قبل القبض
- ٤٣٩ ❶ العلم بقدر الثمن
- ٤٣٩ الدليل على ذلك
- ٤٤٠ تعين التأويل في الصحيحة
- ٤٤٢ تجويز ابن الجنيد البيع بسعر ما باع والردّ عليه
- ٤٤٢ ❷ العلم بقدر المثلث
- ٤٤٢ الأخبار الواردة في خصوص الكيل والوزن
- ٤٤٣ ١- صحيحة الحلبي
- ٤٤٣ الإيراد على الصحيحة والجواب عنه
- ٤٤٥ ٢- رواية سماعة
- ٤٤٦ ٣- رواية أبان
- ٤٤٧ ٤- رواية أبي العطار
- ٤٤٧ ٥- مرسلة ابن بكير
- ٤٤٧ هل الحكم منوط بالغرر الشخصي أم لا؟
- ٤٤٩ عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسكوكة وشبهها
- ٤٥٠ المعتبر في الدراهم والدنانير عدم النقص عن وزنها المقرّر
- ٤٥٠ امتياز الدراهم والدنانير عن الفلوس السود وشبهها
- ٤٥١ وجوب معرفة العدد في المعدود والدليل عليه
- ٤٥١ ظاهر الأردبيلي جواز بيع المعدود مشاهدة
- ٤٥١ المراد من «المعدودات»
- ٤٥١ تقدير المبيع بغير المتعارف به

- الأقوال في المسألة ٤٥١
- ١- التقدير بغير ماتعارف تقديره به من حيث جعله طريقاً إلى ماتعارف
فيه ٤٥٢
- المناط في المكيل والموزون ٤٥٣
- المناقشة فيما أفاده صاحب الجواهر ٤٥٦
- كلام الشيخ الطوسي في عدم الاختصاص ٤٥٨
- الموضوع في المسألتين شيء واحد ٤٥٨
- ظهور كلمات جماعة في اشتراط اعتبار الكيل والوزن في الربا ٤٥٩
- لازم ما ذكرنا أنه إذا ثبت الربا في جنس فلا يجوز بيعه جزافاً ٤٥٩
- ما كان يباع جزافاً في زمانه سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ فيجوز بيعه كذلك عندنا مع عدم الغرر ٤٦٠
- منافاة إطلاق النهي عن بيع المكيل والموزون جزافاً لبعض ما ذكرنا ٤٦٠
- حاصل الكلام في الاستدلال بأخبار المسألة ٤٦١
- عدم كون النزاع في مفهوم المكيل والموزون بل فيما هو المعتبر في
تحقق هذا المفهوم ٤٦٢
- احتمال إرادة ما ذكرنا في كلام المحقق الأردبيلي ٤٦٣
- المناقشة في كلام صاحب الحقائق ٤٦٤
- الإشكال فيما لو علم التقدير في زمان الشارع لكن لم يعلم كونه بالكيل
أو الوزن ٤٦٤
- الأولى جعل المدار على التقدير بما بني في مقام استعمال مالية الشيء
عليه ٤٦٥
- لو اختلفت البلاد في التقدير وعدمه ٤٦٥
- هل العبرة ببلد المبيع أو العقد أو المتعاقدين؟ ٤٦٦
- كلام كاشف الغطاء في المقام ٤٦٦

- ٤٦٧ إخبار البائع بمقدار المبيع
- ٤٦٧ هل يعتبر كون الخبر طريقاً عرفياً للمقدار؟
- ٤٦٨ رأي المصنّف في المسألة
- ٤٦٩ ثبوت الخيار للمشتري لو تبين الخلاف بالنقيصة
- ٤٦٩ تخيل بعض أن الثابت خيار الغبن
- ٤٦٩ دفع التخيّل المذكور
- ٤٦٩ بيع الثوب والأرض مع المشاهدة
- ٤٦٩ الإشكال في الجواز في كثير من الموارد
- ٤٧٠ بيع بعض من جملة متساوية الأجزاء
- ٤٧٠ عدم الإشكال في الصحة في هذه الصورة
- ٤٧٠ عدم الاشكال في البطلان مع اختلاف المصاديق في القيمة
- الاستدلال على المنع بالجهالة والإبهام والغرر وكون الملك محتاجاً إلى
- ٤٧٠ محلّ يقوم به
- ٤٧٠ الجواب عن محذور الجهالة
- ٤٧١ الجواب عن محذور الإبهام
- ٤٧١ الجواب عن محذور الغرر
- ٤٧١ انحصار الدليل في الإجماع لو ثبت
- ٤٧٢ كلام كاشف الغطاء في المسألة
- ٤٧٣ لو اختلفا فادعى المشتري الإشاعة وقال البائع: أردت معيناً
- ٤٧٤ الفرق بين الوجه الثاني والثالث
- ٤٧٥ الردّ على أدلّة البطلان
- ٤٧٥ بيع صاعٍ من صبرة
- لو باع صاعاً من صبرة فهل ينزل على الكسر المشاع أو الكلي في

- المعين؟ ٤٧٥
- الجواب عما استدلّ به في جامع المقاصد ٤٧٧
- الانصاف أن العرف يفهمون الكلّي ٤٧٨
- ١- كون التخيير في تعيينه بيد البائع ٤٧٨
- ٣- لو باع من شخص آخر صاعاً كلياً آخر فإذا بقي صاع واحد كان
للأول ٤٧٩
- صور إقباض الكلّي ٤٧٩
- ظاهرهم تنزيل الأبطال المستثناة على الإشاعة ٤٨٠
- الفرق بين المسألتين بالنص والمناقشة فيه ٤٨٠
- الفرق بينهما بالإجماع والمناقشة فيه ٤٨١
- الأضعف في الفرق بين المسألتين ٤٨١
- وجه الأضعفية ٤٨١
- مثله في الضعف ٤٨١
- وجه الضعف ٤٨٢
- ما أفاده المصنّف في الفرق بين المسألتين ٤٨٥
- الحكم بالصحة لا يخلو عن قوة ٤٨٦
- لو باع الصبرة كلّ قفيز بكذا مع جهالة المقدار ٤٨٧
- بيع العين المشاهدة في زمان سابق ٤٨٧
- هل تكفي مشاهدة العين سابقاً أم لا؟ ٤٨٧
- إذا باع أو اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير ٤٨٨
- اختلاف المتبايعين في التغير ٤٩٠
- لو اختلفا في التغير ٤٩٠
- الاستدلال على تقديم قول المشتري بوجوه ثلاثة ٤٩١

الوجه الأول ٤٩٣

الوجه الثاني والثالث ٤٩٤

المناقشة في الوجه الأول ٤٩٥

المناقشة في الوجه الثاني ٤٩٥

المناقشة في الوجه الثالث ٤٩٥

بناء المسألة على أن الأوصاف الملحوظة حين المشاهدة هل هي

كالشروط أو أنها مأخوذة في المعقود عليه؟ ٤٩٥

بناء على أنها كالشروط فالأصل مع البائع ٤٩٧

بناء على أنها مأخوذة في المعقود عليه فالأصل مع المشتري ٤٩٨

فساد التملك بأصالة لزوم ٤٩٩

فساد التمسك بالعمومات ٥٠٠

صحة التمسك بأصالة عدم وصول حق المشتري إليه ٥٠١

دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة والمناقشة

فيها ٥٠٢

لو ادعى البائع الزيادة ٥٠٢

اختلاف المتبايعين في تقدم التغير على البيع وتأخره عنه ٥٠٢

لو اختلفا في تقدم التغير على البيع وتأخره عنه ٥٠٢

المرجع هو أصالة عدم وصول حق المشتري إليه ٥٠٣

لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة ٥٠٣

عدم لزوم الاختبار فيما ينضبط من الأوصاف ٥٠٣

جواز الشراء بوصف الصحة إذا كان المقصود من الاختبار استعمال

الصحة ٥٠٣

كلام الحلّي في عدم جواز البيع بالوصف ٥٠٣

- ٥٠٣ المناقشة فيما أفاده الحلّي
- ٥٠٤ نسبة الخلاف في المسألة إلى جماعة
- ٥٠٤ كلمات الفقهاء في عدم جواز البيع بالوصف
- كلام الفقهاء إنما هو في الأمور التي لا تنضبط خصوصياتها
- ٥٠٥ بالوصف
- ٥٠٥ الاحتمالات في كلام الفقهاء
- ٥٠٥ تفصيل المصنّف بين كون السلامة مقومة للمالية أو غير مقومة
- ٥٠٦ ما يؤيد التفصيل المذكور
- ٥٠٦ ما يقتضيه الانصاف في المسألة
- ٥٠٦ شراء ما يفسده الاختبار من دون اختبار
- ٥٠٦ جواز شراء ما يفسده الاختبار من دون اختبار
- ٥٠٦ إذا تبين فساد المبيع
- ٥٠٧ رأي المصنّف في المسألة
- ٥٠٧ حكم مؤونة النقل من موضع الكسر
- ٥٠٧ لو تبرأ البائع من العيب فيما لا قيمة لمكسورة
- ٥٠٧ توجيه صاحب الجواهر لصحة اشتراط البراءة
- ٥٠٧ المناقشة فيما أفاده صاحب الجواهر
- ٥٠٧ لا مجال للتأمل في بطلان اشتراط البراءة
- ٥٠٧ أضعفية ما ذكره السيد العاملي
- ٥٠٨ بيع المسك في فأره
- ٥٠٨ جواز بيع المسك في فأره والدليل عليه
- ٥٠٨ عدم جواز بيع اللؤلؤ في الصدف ونحوه
- ٥٠٨ عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم

- ٥٠٨ عدم جواز بيع المجهول منضمّاً إلى المعلوم والدليل عليه
- تفصيل جماعة بين ما إذا كان المجهول مقصوداً بالاستقلال أو منضمّاً
- ٥٠٨ إلى المعلوم وبين ما إذا كان تابعاً
- ٥٠٨ مذهب جماعة هو الصحة مطلقاً
- ٥٠٩ مرسلة البزنطي
- ٥٠٩ رواية معاوية بن عمار
- ٥٠٩ موثقة سماعة
- ٥١٠ صحيحة العيص بن القاسم
- ٥١٠ موثقة إسماعيل بن الفضل
- ٥١١ المناقشة في دلالة الأخبار
- ٥١٢ المناقشة على تقدير الدلالة
- ٥١٢ المناقشة في دلالة الأخبار
- ٥١٢ ظاهر العلامة أنّ المراد من «المقصود» الجزء، ومن «التابع» الشرط
- ٥١٣ إيراد المحقق الثاني على الفرق المذكور
- ٥١٣ احتمال أن يكون المراد ما يعدّ في العرف تابعاً
- ٥١٣ احتمال أن يكون المراد التابع بحسب قصد المتبايعين
- احتمال صاحب الجواهر أن يكون المراد التابع بحسب تباني
- ٥١٤ المتعاملين
- ٥١٤ المناقشة فيما احتمله صاحب الجواهر
- ٥١٥ الأوفى بالقواعد
- ٥١٥ الإنذار للظروف
- ٥١٥ الأقوال في المسألة
- ٥١٥ صور المسألة

- ٥١٦ تحرير المسألة بوجه آخر
- ٥١٦ نظر كاشف الغطاء إلى هذا الوجه
- ٥١٧ مخالفة هذا الوجه لظاهر كلمات الباقيين
- ٥١٨ كلام المحقق الأردبيلي في تفسير عنوان المسألة
- ٥١٨ ظهور كلام المحقق الأردبيلي في الوجه الأول
- ٥١٩ أخبار المسألة
- ٥١٩ ١- موثقة حنّان
- ٥٢٠ مورد السؤال في الموثقة هو صورة التراضي
- ٥٢٠ ٢- رواية علي بن أبي حمزة
- ٥٢٠ ٣- خبر علي بن جعفر
- ٥٢١ احتمالان في الرواية الأولى
- ٥٢٥ الأقوى جواز إندار ما يحتمل الزيادة والنقيصة
- ٥٢٦ حكم الإندار مع العلم بالزيادة أو النقيصة
- ٥٢٦ ما يستفاد من النصوص
- ٥٢٧ حكم الإندار مع العلم بالزيادة أو النقيصة
- ٥٢٧ ما يستفاد من النصوص
- ٥٢٨ بيع المظروف مع ظرفه
- ٥٢٨ ٣- أن يبيعه مع الظرف كلّ رطل بكذا
- ٥٢٩ ● استحباب التفقه في مسائل التجارة
- ٥٢٩ كلام الشيخ المفيد في المسألة
- ٥٣٠ ظاهر كلام الشيخ المفيد الوجوب من باب المقدّمة
- ٥٣١ عدم الوجه في عدم عقاب الجاهل المقصّر
- ٥٣١ وجوب التعلّم في المعاملات شرعي

- ٥٣٢ توجيه الحكم بالاستحباب
- ٥٣٣ توهم التعارض بين أدلة طلب العلم وأدلة طلب الاكتساب
- ٥٣٣ ما ذكره في الحقائق في وجه الجمع بينهما
- ٥٣٣ رأي المصنف في وجه الجمع
- ٥٣٤ تلقّي الركبان ●
- ٥٣٤ الاستدلال على التحريم بظواهر الأخبار
- ٥٣٦ الأخبار محمولة على الكراهة
- ٥٣٧ حد التلقّي أربعة فراسخ
- ٥٣٩ هل الحدّ داخل في المحدود أم خارج عنه؟
- ٥٤٠ اشتراط الكراهة بقصد المعاملة معهم
- ٥٤٠ هل يشترط في الكراهة جهل الركب بسعر البلد؟
- ٥٤٠ عدم الفرق بين الأخذ بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما
- ٥٤٠ لو تلقّاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم
- ٥٤١ ثبوت الخيار لهم عند الغبن الفاحش
- ٥٤١ حكم النجش ●
- ٥٤١ حكم النجش تكليفاً
- ٥٤١ كلام الصدوق في معنى النجش
- ٥٤١ المال المدفوع ليصرف في قبيل ●
- ٥٤١ إذا دفع إنسان إلى غيره مالاً ليصرفه في قبيل
- ٥٤٢ ٢- أن تظهر قرينة على جواز الأخذ
- ٥٤٢ الجمع بين الأخبار المانعة والمجوزة
- ٥٤٣ احتكار الطعام ●
- ٥٤٣ الأقوى التحريم مع عدم باذل الكفاية والاستدلال عليه بالأخبار

٥٨٢ هداية الطالب إلى أسرار المكاسب / البيع / ج ٣

٥٤٤ ما يؤيد التحريم أيضاً

٥٤٥ عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه وحبسه

٥٤٥ هل يسعر عليه أم لا؟

٥٤٩ الخاتمة

٥٥١ فهرس الجزء الثالث